Die Haftung für ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen juristischen
Fakultät an der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

Vorgelegt durch
Hans Werner Marcuse
Referendar in Berlin

Berlin 1933

Druck: Bindudruck, Berlin NO 55

Referent:
Herr Professor Dr. Rudolf Schultz,
Freiburg i. Br.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Dem Andenken meiner Mutter
und meinem Vater

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Baumbach, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 1931.
Baumbach, Zivilprozeßordnung, 6. Aufl.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 3./4. Aufl.
Enneccerus-Nipperdey-Lehmann-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 35. bis 39. Tausend; Recht der Schuldverhältnisse, 36. bis 40. Tausend; Sachenrecht, 33. bis 37. Tausend.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl.
Freudenthal-Sauerländer, Die Zivilprozeßordnung, 4. Aufl.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl.
Förster-Kann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Aufl.
Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 1929.
Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl.
Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.
Hellwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1912/19.
Kommentar von Reichsgerichtsräten, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl.
Merkel, Adolf, Juristische Enzyklopädie, 1. und 4. Aufl.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung, 5. Aufl.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl.
Scherer, Das Rheinische Recht, 2. Aufl.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl.
v. Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. und 12. Aufl.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.
(Gaupp-)Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung, 8., 9. und 14. Aufl.
Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1885.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1905.
v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung, 7. Aufl.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Aufl.

II. Abhandlungen und Monographien.

Bendix, Zur Auslegung des § 945 ZPO. („Recht", 1905, S. 247 f.).

Binder, Prozeß und Recht, Leipzig 1927.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 3. Aufl.

Bolze, Die Steigerung des rechtshängigen Anspruchs und der Entschädigungsanspruch des obsiegenden Beklagten (ZZP. 13, S. 268 ff.).

Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859.

Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB. (Gruch.-Beitr. 43, S. 96 ff. u. 376 ff.).

Fischer, Otto, Die Rechtswidrigkeit (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 21, 2).

Fraeb, Vorläufige Vollstreckung und einstweilige Einstellung (ZZP. 54, 268 ff.).

Friedenthal, Streitfragen betr. Urteile, die einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufheben (ZZP. 53, 143.).

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß (Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz., Bd. 18, 1).

Goldschmidt, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht in der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke vom 21. 8. 1910.

Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb (Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz., Bd. 20, 3).

Görres, Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Zivilprozeßrecht (ZZP. 35, 313).

Hein, Identität der Partei, Bd. 1, 1918.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht (Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz., Bd. 5, 1).

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905.

Henrici, Ueber die Verpflichtung des Arrestlegers zur Erstattung des durch ungerechtfertigten Arrests verursachten Schadens nach Gemeinem Recht (Gruch.-Beitr., Bd. 32, S. 161).

Jeß, Gesetzesauslegung und -anwendung. Ueber den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB. („Recht", 1914, S. 86 ff.).

Kleinfeller, Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoß gegen die guten Sitten (Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1906, S. 1 ff.).

Kahane, Die Folgen eines ungerechtfertigten Arrestes (Grünhut, Zeitschr. f. d. Privatr. u. öff. Recht, Bd. 19, S. 99 ff.).

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.

Kohler, Ueber die Interpretation von Gesetzen (Grünhut, Zeitschr. f. d. Privatr. u. öff. Recht, Bd. 13).

Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (Abhandl. z. Privatr. und Zivilproz., Bd. 16, 2).

Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses (Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz., Bd. 16, Heft 3).

Langheineken, Der Urteilsanspruch, 1899.

Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888.

Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig, Wien 1904.

Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraftwirkung und Existenzwirkung (§ 945 ZPO.), (Seuffert, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 78, S. 49 ff.).

Merkel, Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechmäßigen Handlungen, Straßburg 1895.

Möller, Der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne des BGB. (Seuffert, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 65, S. 373 ff.).

Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung (Arch. Ziv. Prax., Bd. 106, S. 309 ff. u. 109, S. 1).

Nußbaum, Prozeßhandlungen (Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz., Bd. 17, 1).

Oertmann, Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1916.

Oertmann, Ausbeutung der Rechtskraft (Arch. Bürg. Recht, Bd. 42, 1).

Oertmann, Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage (Arch. Ziv. Prax., Bd. 107, S. 199 ff.).

Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.

Pfizer, Ueber die Schadensersatzpflicht des Arrestgläubigers im Falle der Aufhebung des Arrestes (ZZP. Bd. 13, S. 304 ff.).

Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts. I. Das ius singulare und die analoge Anwendung. In der Festgabe der Göttinger Juristischen Fakultät für Ihering, 1892.

Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. In der Festschrift für Wach, Bd. III.

Rümelin, Max, Gründe der Schadenszurechnung, Freiburg i. Br., Leipzig 1896.

Rümelin, Max, Schadensersatz ohne Verschulden. Rede, gehalten am 6. 10. 1910.

Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.

Schmidt, R., Unechte Solidarität, Ihr. Jahrb., Bd. 72, S. 1 ff.

Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb (Arch. Ziv. Prax., Bd. 105, S. 1 ff.).

Schultz, Rudolf, Vollstreckungsbeschwerde, 1911.

Schultz, Rudolf, Der Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur („Der Rechtsgang", Bd. 1, S. 349 ff. und 435 ff.).

Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913.

Stern, Arrest und einstweilige Verfügungen, Berlin 1912.

Tinsch, Ueber die Schadensersatzpflicht aus der Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, später wieder aufgehobenen Urteils (Seuffert, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 56, S. 1 ff.).

Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1907.

Wach, Defensionsrecht und Klagerecht (Grünhut, Zeitschr. f. Privatr. u. öff. Recht, Bd. 6, S. 515 ff.).

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 1896.

Walsmann, Besprechung des Buches „Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb" (ZZP. Bd. 41, S. 234).

Wolff, Th., Der Ersatzanspruch wegen der Vollziehung eines unrechtmäßigen Arrestbefehls oder einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung (Gruch.-Beitr., Bd. 38, S. 115 ff.).

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Schadensersatzlehre, 1904; ferner in Ihr. Jahrb., Bd. 30, S. 363 ff.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. In Ihr. Jahrb., Bd. 33, S. 299.

Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum (Arch. Ziv. Prax., Bd. 66, S. 323 ff.).

III. Dissertationen.

Albrecht, Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. und die Einwendungen dagegen, Rostock 1919.

Esche, Die verschiedene Gestaltung der Gefährdungshaftung der §§ 145 III, 302 IV, 600 II, 717 II, 945 ZPO., Leipzig 1912.

Geletneky, Die sog. objektive Haftung im BGB., Greifswald 1912.

Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht, Tübingen 1898.

Grasczynski, § 826 BGB. und die Rechtskraft des Urteils, Breslau 1909.

Hamburger. Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, Jena 1909.

Heintze, Die Schadensersatzverpflichtung nach ungerechtfertigter Vollstreckung im Gebiete des Privatrechts, Freiburg, 1905.

Hörnecke. Ueber die Ersatzpflicht des Gläubigers in dem Falle. daß provisorische Vollstreckungstitel nach ihrer Vollstreckung aufgehoben werden, Leipzig 1904.

Jungherr, Haften aus schuldlosem Handeln, Jena 1902.

Kaufmann, Die Schadensersatzpflicht bei Arrest und einstweiligen Verfügungen nach § 945 ZPO., Breslau 1921.

Koch, Die Bedeutung des Satzes „Erhöhte Gefahr — erhöhte Haftung" im modernen Rechtsleben, Würzburg 1911.

Laue, Die Schadensersatzpflicht wegen unberechtigter vorläufiger Vollstreckung und Arrestvollziehung, §§ 717 II, 945 ZPO., Göttingen 1928.

Liebert, Die Rechtslage des Beklagten nach § 717 II ZPO., wenn der Kläger die rechtshängige Forderung abgetreten und der Zessionar aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil vollstreckt hat, Heidelberg 1908.

Neese, Die Schadenshaftung ohne Verschulden nach dem BGB., Rostock 1910.

Frhr. v. Palm, Die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßiger Gefährdungshaftung, Leipzig 1910.

Pauer, Ueber die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich erlangten Arrestes, Erlangen 1893.

Raydt, Die vorläufige Vollstreckbarkeit, Leipzig 1904.

Rogge, Arthur, Ueber den Eintritt einer Schadensersatzpflicht wegen ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung, Rostock 1905.

Rogge, Hugo, Der Rechtsgrund der unbedingten Schadensersatzpflicht nach Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils, Göttingen 1930.

Schnitzler, Die Schadensersatzpflicht ohne Verschulden aus §§ 302, 600, 717, 945 ZPO., Leipzig 1907.

Schultz, Rudolf, Notwehr und Notstand im heutigen Recht, Freiburg 1902.

Stiewe, Ein Beitrag zur Schadensersatzlehre, Leipzig 1908.
Werner, Die gesetzliche Haftpflicht in Fällen vorzeitiger Zwangsvollstreckung, Göttingen 1921.

IV. Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für das Zivil- und Criminalrecht.
Archiv für die civilistische Praxis.
Badische Rechtspraxis.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Buschs Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß (ZZP.).
Das „Recht".
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Kgl. Obertribunals.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für das Privatrecht und öffentliche Recht.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Rechtsgang, Zeitschrift für das Recht aller Zweige.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (zit. OLG.).
Rheinisches Archiv.
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zit. Seuff. Bl.).
Striethorsts Archiv für Entscheidungen des preußischen Obertribunals.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, 1931.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle der Kommission zur Beratung einer allgemeinen Zivilprozeßordnung, 1863.
Protokolle der Commission zur Beratung einer allgemeinen Zivilprozeßlichen Gesetzbuches, Bd. 2.

§ 1.

Einleitung. Definition des Begriffes „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“.

Voraussetzung für eine Untersuchung über die „Haftung für ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb“ ist eine Definition des Begriffes: „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“. Da eine allgemein anerkannte Definition fehlt, wollen wir als ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb bezeichnen: „Die Vollstreckungshandlungen die vorgenommen werden auf Grund eines Vollstreckungstitels, der nachträglich durch eine unanfechtbare Entscheidung mißbilligt wird.“ Das Ergebnis der nachfolgenden Untersuchung wird diese Definition rechtfertigen.

Die Definition stellt es ausschließlich auf rein äußerliche Tatsachen und damit auf objektiv erfaßbare Vorgänge ab. Ob eine Vollstreckung ungerechtfertigt und deshalb als ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb zu bezeichnen ist, ist hiernach lediglich von dem endgültigen Ergebnis des Verfahrens abhängig, in dem eine Nachprüfung des Vollstreckungstitels herbeigeführt wird. Die Billigung oder Mißbilligung des Titels muß durch eine gerichtliche Entscheidung erfolgen, es ist aber gleichgültig, ob diese Entscheidung in demselben oder einem anderen Verfahren ergeht, und ob die Billigung oder Mißbilligung durch die Aufrechterhaltung oder die Aufhebung des Titels oder in anderer Weise ausgesprochen wird.

Die gewählte Definition enthält eine Formulierung, die von den bisher aufgestellten wesentlich abweicht. Für die Rechtfertigung der Definition kommt es aber nicht auf die Frage an, ob sie richtig oder unrichtig ist, sondern es kommt allein darauf an, ob sie brauchbar ist, d. h. ob sie eine brauchbare Grundlage bildet für die Entscheidung der Streitfragen, die im wesentlichen Gegenstand der Abhandlung sein sollen. Von diesem Gesichtspunkte aus gesehen, wird sich die Brauchbarkeit der Definition erweisen.

I. Hauptteil.

§ 2.

Abgrenzung des ungerechtfertigten vom unzulässigen Vollstreckungsbetrieb.

Die aufgestellte Begriffsbestimmung umfaßt nicht die Fälle, in denen die Vollstreckungsmaßnahmen aus formellen Gründen fehlerhaft sind. Vielfach wird zwar auch in diesen Fällen von einem ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb gesprochen, es ist aber richtiger, sie als Fälle einer unzulässigen Zwangsvollstreckung zu bezeichnen.

Formelle Gründe, die die Zwangsvollstreckung fehlerhaft erscheinen lassen, liegen z. B. vor, wenn vollstreckt wird, obwohl ein gültiger und vollstreckbarer Titel gar nicht besteht, oder wenn ein gültiger Titel zwar besteht, aber die Art und Weise der Zwangsvollstreckung andere Mängel aufweist; hierzu gehören die Fälle, daß die Vorschriften der §§ 750—752 ZPO. verletzt sind, oder daß der Gerichtsvollzieher unpfändbare Sachen gepfändet oder in nicht haftende Vermögensmassen des Schuldners vollstreckt hat. Aeußerlich kommt die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung dadurch zum Ausdruck, daß das Gericht, wenn der Schuldner das Rechtsmittel der Erinnerung einlegt (§ 766 ZPO.), die Vollstreckung für unzulässig zu erklären hat.

Anders ist die Rechtslage, wenn vollstreckt wird, nachdem der im Urteil oder in einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 ZPO.) festgestellte Anspruch weggefallen ist. In diesem Falle gibt das Gesetz den Rechtsbehelf der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.). Zwar wird auch hier auf die Vollstreckungsgegenklage nach allgemeiner Uebung die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt. Diese Entscheidung richtet sich aber gegen den Titel selbst. Sie hebt ihn nicht ausdrücklich auf, hat aber zur Voraussetzung, daß das angegriffene Urteil bzw. die Urkunde inhaltlich nicht mehr zutrifft, weil der betitelte Anspruch nicht mehr besteht oder nicht mehr so besteht, wie er im Titel festgestellt ist. Unserer Definition entspräche es deshalb, wenn das Gericht mit Rücksicht auf diese Mißbilligung des Titels die vom Gläubiger eingeleitete Vollstreckung für ungerechtfertigt erklären würde. Aus der allgemeinen Uebung, den Tenor so zu fassen, daß die Vollstreckung für unzulässig erklärt wird, sind aber Gründe gegen unsere Definition nicht herzuleiten. Die praktischen Folgen sind dieselben, ob der Tenor lautet „Die Zwangsvollstreckung wird für unzulässig erklärt", oder ob der Tenor lautet „Die Zwangsvollstreckung wird für ungerechtfertigt erklärt". Da die Frage der Abgrenzung des ungerechtfertigten vom unzulässigen Vollstreckungsbetrieb in diesem Falle praktisch keine Rolle spielt, brauchen wir uns an die in der Rechtsprechung bestehende

Uebung nicht zu halten, um so mehr als auch in der Theorie die Frage der Abgrenzung bisher noch nicht geklärt ist.

§ 3.

Aufzählung der Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes.

Das Gesetz erwähnt einige Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes ausdrücklich, und zwar in denjenigen Gesetzesbestimmungen, in denen die Frage der Haftung eine besondere positive Regelung gefunden hat. Das Gesetz bestimmt nämlich, daß der Vollstreckungsgläubiger zum Schadensersatz verpflichtet ist:

a) im Falle des § 302 IV ZPO., d. h. bei Aufhebung eines unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergangenen Urteils;

b) im Falle des § 600 II ZPO., d. h. bei Aufhebung eines im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte ergangenen Urteils;

c) im Falle des § 717 II ZPO., d. h. bei Aufhebung oder Abänderung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils, es sei denn, daß es sich um das Urteil eines Oberlandesgerichts in vermögensrechtlichen Streitigkeiten handelt; denn hier gibt es nach § 717 III ZPO. nur einen Bereicherungsanspruch;

d) im Falle des § 1042 c II ZPO., d. h. bei Aufhebung des einen Schiedsspruch für vollstreckbar erklärenden Beschlusses, wenn die Aufhebung im Widerspruchsverfahren erfolgt;[1])

e) im Falle des § 945 ZPO., d. h. beim Arrest oder einstweiliger Verfügung, wenn die Anordnung einer dieser Maßnahmen auf Grund der §§ 926 II, 942 III ZPO. aufgehoben wird, oder wenn die Anordnung sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.

Die Fälle zu a)—d) stimmen insofern überein, als die nachträgliche Mißbilligung des der Vollstreckung zugrundeliegenden Titels stets dadurch erfolgt, daß dieser noch in demselben Verfahren aufgehoben oder abgeändert wird, d. h. in einem Verfahren, das nach der Zivilprozeßordnung die Fortsetzung des Verfahrens bildet, in dem der Titel erwirkt worden ist.

Anders ist es bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen. Auch hier kann zwar die Mißbilligung durch die Aufhebung des Titels in demselben Verfahren erfolgen, nämlich im Widerspruchsverfahren.[2]) Eine Mißbilligung liegt aber fernerhin auch dann vor, wenn die Auf-

[1]) Da im § 1042 c II ZPO. der § 717 für entsprechend anwendbar erklärt ist, wird im folgenden nur noch auf die Fälle der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. eingegangen werden.

[2]) §§ 924, 936 ZPO.

hebung im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung nach § 942 I oder durch Urteil auf Grund der §§ 926 II, 942 III erfolgt oder außerhalb des eigentlichen Arrestverfahrens eine sonstige Entscheidung ergeht, durch die festgestellt wird, daß die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war. Eine solche Entscheidung ist möglich sowohl in dem Verfahren, in dem über die Hauptsache entschieden wird, als auch in dem Verfahren, in dem der Schadensersatzanspruch Gegenstand des Prozesses ist.

Wie noch später auszuführen sein wird, ist die Aufhebung des Titels im Widerspruchsverfahren oder im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung nach § 942 I ZPO. nicht alleinige Voraussetzung, um einen Schadensersatzanspruch im Sinne des § 945 ZPO. zu begründen. Der Schadensersatzanspruch ist in diesem Falle nur gegeben, wenn die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung aus dem Grunde aufgehoben wird, weil die Voraussetzungen für den Erlaß zur Zeit der Anordnung nicht vorgelegen haben, er ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Aufhebung erfolgt, weil die Voraussetzungen erst nachträglich weggefallen sind. Für die Frage, ob ein ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb vorliegt, macht dies jedoch keinen Unterschied. Um eine Mißbilligung handelt es sich in jedem Falle, und darauf, aus welchem Grunde diese Mißbilligung erfolgt, kommt es nach unserer Definition nicht an. Soweit die Schadensersatzpflicht ausgeschlossen ist, haben wir es eben mit einem Falle zu tun, bei dem die Frage der Haftung keine ausdrückliche Regelung im Gesetz gefunden hat.

Bei der Aufzählung der Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes, die im Gesetz überhaupt nicht erwähnt sind, können wir unterscheiden zwischen solchen Fällen, in denen vollstreckt wird auf Grund einer formell rechtskräftigen, endgültigen Entscheidung, und solchen Fällen, in denen vollstreckt wird auf Grund einer vorläufigen oder noch anfechtbaren Entscheidung, ähnlich wie beim Arrest und dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil.

Einen Fall der ersten Gruppe haben wir schon oben genannt, nämlich den, daß der Vollstreckungsgläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder, was dem gleichsteht, auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 ZPO.) vollstrecken läßt, die Vollstreckung aber nach erhobener Vollstreckungsgegenklage für unzulässig erklärt wird. (§ 767 ZPO.)

Weitere Fälle, die hierhin gehören, sind folgende:

Der Fall der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das aufgehoben oder abgeändert wird, nachdem dem Vollstrek-

kungsschuldner gegen die Versäumung einer Notfrist wie z. B. der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt ist (§ 233 ZPO.);

der Fall der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren wiederaufgehoben wird (§§ 578 ff ZPO.);

der Fall der Vollstreckung aus einem für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch, der nach eingeleiteter Aufhebungsklage wiederaufgehoben wird (§ 1041 ZPO.); und schließlich, wenn man der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgt,

der Fall der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das auf Grund des § 826 BGB. im Wege der besonderen Klage erfolgreich angegriffen wird.

Fernerhin ist im Zusammenhang hiermit zu nennen:

Der Fall der Vollstreckung aus einem Urteil, dessen Sachentscheidung nachträglich berichtigt wird. (§ 319 ZPO.)

Die Berichtigung ist zwar auch möglich bei einem Urteil, das noch nicht formell rechtskräftig ist; eine Zusammenfassung mit den vorstehenden Fällen erscheint aber erforderlich; denn die Sachlage ist, wie sich bei der späteren Untersuchung noch zeigen wird, eine den anderen Fällen ähnliche.

Zu der zweiten Gruppe, die die Fälle umfassen soll, in denen auf Grund einer nur vorläufigen oder noch anfechtbaren Entscheidung vollstreckt wird, gehören folgende:

Der Fall der Vollstreckung aus einem rechtskraftfähigen Beschlusse, insbesondere aus einem Kostenfestsetzungsbeschlusse, der auf Erinnerung oder in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wird (§ 104 ZPO.);

der Fall der Vollstreckung aus einem Kostenurteil, das in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wird (§ 99 III ZPO.);

der Fall der Vollstreckung aus einem Urteil, das über die Höhe des Anspruchs entschieden hat und durch die nachfolgende Aufhebung der Vorabentscheidung über den Grund hinfällig wird (§ 304 ZPO.);

der Fall der Vollstreckung aus einem Urteil, das durch die nachfolgende Aufhebung des über eine prozeßhindernde Einreise entscheidenden Zwischenurteils hinfällig wird (§ 275 ZPO.).

Die beiden zuletztgenannten Fälle sind zwar nicht sehr häufig, aber durchaus nicht unmöglich. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Endurteil ergeht, obwohl das Zwischenurteil noch nicht rechtskräftig geworden ist. Das Endurteil ist alsdann von dem rechtlichen Bestande

des anderen Urteils abhängig und durch die Aufhebung desselben auflösend bedingt.

Bestritten ist es allerdings, ob der Gläubiger, wenn ein nicht rechtskräftiges Zwischenurteil vorliegt, aus dem Endurteil sogleich vollstrecken kann. Man muß aber die Frage bejahen.[3]) Denn solange das einmal ergangene Zwischenurteil nicht aufgehoben ist, richtet sich die Vollstreckbarkeit des Endurteils mangels abweichender Vorschriften nach den allgemeinen Regeln. Würde man der gegenteiligen Ansicht folgen, so hätte es der Beklagte in der Hand, sich durch Erhebung unbegründeter Einreden der Vollstreckung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Zwischenurteil zu entziehen; ein Ergebnis, das mit der Regelung, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit in der Zivilprozeßordnung gefunden hat, unvereinbar ist.

Ein letzter Fall, der zur zweiten Gruppe gehört, ist noch zu erwähnen. Es ist dies

> der Fall der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund eines Beschlusses, der wiederaufgehoben oder durch die Entscheidung in der Sache selbst mißbilligt wird. (§§ 707, 719, 732 II, 766, 767/769, 771 III u. a.)[4]).

Dieser Fall wird meistenteils nicht erwähnt, wenn vom ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb die Rede ist. Aber auch er gehört nach der von uns gewählten Definition zu den Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes. Auch hier handelt es sich darum, daß Vollstreckungshandlungen in weiterem Sinne vorgenommen werden; es wird in bestehende Vollstreckungshandlungen eingegriffen auf Grund von Entscheidungen, die nachträglich durch anderweitige Entscheidungen aufgehoben oder sonstwie mißbilligt werden.

Bei den oben erwähnten Fällen ist stets der Vollstreckungsgläubiger derjenige gewesen, dessen Vollstreckungshandlung als ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb in Frage kam; hier ist es im allgemeinen der Vollstreckungsschuldner. Denn der Vollstreckungsschuldner ist derjenige, der durch besonderen Antrag oder durch Erhebung einer Einwendung oder Klage die einstweilige Entscheidung erwirkt, auf Grund deren in die durch die Vollziehung der Vollstreckungsmaßnahmen entstandenen Rechte des Gläubigers hindernd eingegriffen wird. Es kann aber auch vorkommen, daß ein Dritter die Einstellung begehrt und erlangt, wie z. B. der Intervenient gemäß §§ 771 III, 769 ZPO. Stellt sich nachträglich heraus, daß der Eingriff des Vollstreckungs-

[3]) Stein-Jonas Anm. IV,2 zu § 275; RGZ. 107,330; OLG. 18,387. A.A. Förster-Kann, Anm. 5 b cc zu § 275; OLG. 7,303.

[4]) Auch im Falle des § 805 ZPO. (Anordnung der Hinterlegung des Erlöses bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Klage auf vorzugsweise Befriedigung) ist der § 769 ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt.

schuldners oder des Dritten zu Unrecht erfolgt ist, so erhebt sich wie in den anderen Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen hierdurch Schadensersatzansprüche entstehen können.

§ 4.

Rechtfertigung der zugrundegelegten Definition.

Das Gesetz selbst spricht nirgends vom „ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb“. Allein im § 945 ZPO. ist der Ausdruck „ungerechtfertigt“ gebraucht, hier aber nur in bezug auf die Anordnung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung, nicht in bezug auf deren Vollziehung. Es ist deshalb aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes in diesem Zusammenhang kein Einwand gegen die von uns gewählte Definition herzuleiten, wenn die Literatur und die Rechtsprechung die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als ungerechtfertigt bezeichnen, sobald ihre Voraussetzungen zur Zeit ihres Erlasses nicht vorgelegen haben [5]). Das Wort „ungerechtfertigt“ wird in diesem Zusammenhang nur insoweit erläutert, als es seine Anwendung in dem § 945 ZPO. erfordert.

Vom ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb ist bei den Beratungen der Bundesratskommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches die Rede gewesen. Man erklärte, ungerechtfertigt sei diejenige Zwangsvollstreckung, die sich als materiell unbegründet herausstellt [6]). Es ist also vom Gesetzgeber eine Definition gegeben worden. Diese reicht aber nicht aus. Wollte man ihr folgen, so würde von den im Gesetz erwähnten Fällen allein der des § 302 ZPO. erfaßt werden, da nur hier der Schadensersatzanspruch zur Voraussetzung hat, daß der aufgehobene Titel zur Zeit seines Erlasses mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch stand. Die übrigen Fälle der Zivilprozeßordnung lassen sich der gegebenen Definition nicht unterordnen. Die Vorschriften der §§ 600, 717 II und 945 ZPO. gewähren einen Schadensersatzanspruch unabhängig davon, ob der aufgehobene Vollstreckungstitel der materiellen Rechtslage entsprach oder nicht. Im einzelnen wird dies noch näher auszuführen sein. Auf einen Fall sei aber schon jetzt hingewiesen: Gemäß § 717 II ZPO. entsteht nach der Fassung, die diese Bestimmung endgültig gefunden hat, ein Schadensersatzanspruch aus der Vollstreckung auch dann, wenn die Aufhebung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils aus einem prozessualen Grunde wie z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit des Rechtswegs erfolgt; die Vollstreckung und der Titel können hierbei materiell begründet gewesen sein.

[5]) Vgl. Seite 31, Zeile 10 ff.
[6]) Protokolle II, 160 (S. 2916/2917).

Goldschmidt hat sich in seiner Schrift „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“ sehr eingehend mit dieser Materie befaßt und eine Abgrenzung zu geben versucht. Er behandelt im Anschluß an Geib's Ausführungen in dessen Buche „Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung im deutschen Zivilprozeß“ [7]) nur den Vollstreckungsbetrieb, der „prozeßordnungsmäßig, aber materiell ungerechtfertigt“ ist. Er bezeichnet als wesentliches Merkmal, daß die Vollstreckung prozeßordnungsmäßig sein muß. Hiergegen lassen sich Einwendungen nicht erheben; denn auch wir haben den fehlerhaften und unzulässigen Vollstreckungsbetrieb ausgeschieden. Nicht treffend erscheint aber die weitere Fassung „materiell ungerechtfertigt“. Wenn das heißen soll, daß es auf die Uebereinstimmung mit der materiellen Rechtslage ankommt, dann wäre die Fassung falsch. Wie bereits gesagt, entsteht ein Schadensersatzanspruch nach § 717 II ZPO. auch dann, wenn der aufgehobene Titel der materiellen Rechtslage entsprochen hat, mag nun die Aufhebung des an sich richtigen Urteils wie in dem obigen Falle aus einem prozessualen Grunde oder infolge falscher Rechtsanwendung in der höheren Instanz durch ein falsches Urteil erfolgen.

Die Bezeichnung „materiell ungerechtfertigt“ wäre allerdings zutreffend, wenn damit gesagt sein soll: Die Frage, ob die Vollstreckung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt ist, wird beantwortet je nach dem Ergebnis der endgültigen Entscheidung, gleichviel, ob es sich um ein prozeßabweisendes oder um ein Sachurteil handelt, und gleichgültig, ob dieses endgültige Urteil richtig ist oder nicht. Hat aber der Ausdruck „materiell ungerechtfertigt“ diese Bedeutung, so wird hierdurch nichts anderes zum Ausdruck gebracht als das, was in unserer Definition steht. Der Unterschied ist nur der, daß wir eindeutig auf das endgültige Ergebnis abstellen, ohne dieses selbst zu werten, d. h. ohne zu fragen, ob es in Wirklichkeit richtig oder unrichtig ist, während die Wendung von Geib und Goldschmidt zu Mißverständnissen Anlaß geben kann.

Auch Heintze und Arthur Rogge haben sich mit dem Begriffe des „ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes“ ausdrücklich beschäftigt. Die Definitionen, welche sie geben, sind jedoch nicht brauchbar. Heintze[8]) bezeichnet die Vollstreckung als ungerechtfertigt u. a. dann, „wenn sie sich gründet auf einen zu Unrecht bestehenden Titel“. Hier ist zu fragen, was ist ein zu Unrecht bestehender Titel. Ist ein Versäumnisurteil, das auf Grund eines schlüssigen Klagevortrages ergangen ist und im Einspruchsverfahren aufgehoben wird, ein zu Unrecht ergangener Titel? Sicherlich nicht; denn das Gesetz schreibt im § 331 ZPO. den Erlaß eines Versäumnisurteils ausdrücklich vor, wenn der Beklagte im Ter-

[7]) Geib, S. 99 ff.

[8]) Heintze S. 12.

min zur mündlichen Verhandlung ausgeblieben ist, der Kläger einen diesbezüglichen Antrag stellt und das mündliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt. Wohl handelt es sich aber um einen Fall des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes, wenn der Kläger aus dem Versäumnisurteil vor dessen Aufhebung vollstreckt hat. Es ist das Schulbeispiel des § 717 II ZPO.

A. Rogge[9]) nennt ungerechtfertigt „jede Vollstreckung, die nicht in formeller und sachlicher Beziehung unantastbar ist". Rogge bezieht also auch den aus formellen Gründen unzulässigen Vollstreckungsbetrieb mit ein. Dies bedeutet gegenüber unserer Definition einen Nachteil. Denn in der maßgebenden Literatur ist man sich darüber einig, daß nur die prozeßordnungsmäßigen, nicht aber auch die unzulässigen Vollstreckungshandlungen dem „ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebe" zuzuzählen sind. Abgesehen davon ist aber auch die Bezeichnung „in sachlicher Beziehung unantastbar" nicht ausreichend. Hier würde es wiederum erst einer Umschreibung dessen bedürfen, was unter dem Begriffe „unantastbar" zu verstehen ist.

Legt man Wert auf eine Definition, die die in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. enthaltenen Fälle umfaßt und den unzulässigen Vollstreckungsbetrieb ausscheidet, so bleibt kein anderer Weg übrig, als auf die formale Mißbilligung des der Vollstreckung zugrundeliegenden Titels durch die endgültige Entscheidung abzustellen[10]). Ob letztere dem materiellen Rechte entspricht, spielt alsdann keine Rolle. Da unser Recht von der Fiktion ausgeht, daß das endgültige Urteil den Rechtsstreit richtig entscheidet, schafft es insoweit auch eine endgültige Rechtslage zwischen den Beteiligten, die rückwirkend maßgebend ist sowohl für die Beurteilung aller vorhergehenden Entscheidungen wie auch für die Beurteilung, ob die Vollstreckungshandlungen auf Grund dieser vorhergehenden Entscheidungen gerechtfertigt sind oder nicht. Daß die §§ 302 IV, 600 II und 717 II ZPO. schon mit der Aufhebung des Titels noch vor Eintritt der Rechtskraft eine Schadensersatzpflicht zur Entstehung gelangen lassen, ist hierbei unerheblich. Nur auf das endgültige Ergebnis kommt es an; wird das aufhebende Urteil selbst wieder aufgehoben, so entfällt auch wieder die Haftung[11]).

Gemeinsam ist den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. der Umstand, daß vollstreckt wird auf Grund von Titeln, die schon äußerlich nicht den Charakter einer definitiven Entscheidung tragen. Es ist aber nicht angängig, auch dieses Merkmal in unsere Definition aufzunehmen; denn hierdurch würde unsere Definition eine Einschränkung erfahren, die sie im wesentlichen auf die im Gesetz erwähnten Fälle

[9]) A. Rogge S. 11.
[10]) So auch Weismann § 125 VII, 3.
[11]) Vgl. Seite 30, Zeile 20 ff.

beschränkte. Eine große Zahl der im Gesetz nicht erwähnten Fälle würde ausgeschlossen werden, obwohl auch diese vielfach als Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes bezeichnet werden und ihre Einbeziehung in die Definition von Bedeutung ist, weil bei ihnen die Frage der Haftung im Gegensatz zu den im Gesetz erwähnten Fällen keine positivrechtliche Regelung gefunden hat und deshalb der Untersuchung auf einer ausreichenden wissenschaftlichen Grundlage bedarf. Diese Grundlage gibt die von uns gewählte Definition.

II. Hauptteil.

§ 5.

Uebersicht über die zu behandelnden Fragen. Haftung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Vorschriften der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. knüpfen eine Schadensersatzpflicht an den Eintritt bestimmter objektiver Tatbestände ohne Rücksicht darauf, ob den Vollstreckungsgläubiger bei der Vollstreckung ein Verschulden trifft oder nicht. Wir werden uns zunächst mit diesen Tatbeständen und den mit ihnen zusammenhängenden Streitfragen zu beschäftigen haben. Alsdann werden wir prüfen müssen — und das wird unsere Hauptaufgabe sein —, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Haftung in den vom Gesetz nicht erwähnten Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes eintritt. Es fragt sich, ob die Verursachungshaftung, wie sie in den oben aufgeführten Bestimmungen enthalten ist, auch für diese Fälle gilt oder nicht. Wenn auch das Zivilprozeßrecht dem öffentlichen Rechte angehört, so sind doch die Schadensersatzvorschriften, die in der Zivilprozeßordnung enthalten sind, privatrechtlichen Inhalts,[12]) und da der Hauptteil des Privatrechts im BGB. geregelt ist, ist von dem BGB. auszugehen. Die Regel bildet im BGB. die Verschuldenshaftung. Den §§ 276 und 823 ff BGB. kommt eine grundsätzliche Bedeutung zu. Bei den Kommissionsberatungen zum BGB. sind Bestrebungen aufgetaucht, das Veranlassungsprinzip als Grundsatz einzuführen, die Mehrheit hat jedoch alle diese Versuche zurückgewiesen und nur bestimmte Ausnahmen vom Verschuldensprinzip zugelassen[13]). Die Frage, die wir zu prüfen haben, ist deshalb folgende: Gilt das Prinzip der Verschuldenshaftung nur für das BGB. oder über das BGB. hinaus für das gesamte Privatrecht? Wenn das letztere zu bejahen ist, wird sich als weitere Frage ergeben: Sind die in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und

[12]) Hellwig, Lehrb. § 1 IV.
[13]) Protokolle II, 150 (S. 2712/13).

945 ZPO. enthaltenen Bestimmungen, die außerhalb des BGB. eine Verursachungshaftung festsetzen und deshalb von der Regel abweichen, als regelwidriges Recht der analogen Anwendung fähig oder nicht? — Mit der Erörterung des Schadensersatzanspruches selbst, insbesondere mit seinem Umfang und seine Geltendmachung, werden wir uns erst im letzten Teile der Abhandlung zu befassen haben.

Soweit nicht nach ausdrücklicher Vorschrift der ZPO. oder kraft Analogie in den Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes eine Haftung ohne Verschulden eintritt, fragt es sich, ob nicht jedenfalls bei Verschulden gehaftet wird. Grundsätzlich steht nichts im Wege, die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen auch dort anzuwenden, wo die unerlaubte Handlung unter Ausnutzung eines prozessualen Rechtsbehelfs, nämlich im Wege der Vollstreckung, begangen wird. Zweifelhaft erscheint es nur, ob § 823 Abs. I und II BGB. Anwendung finden kann, da diese Vorschrift Rechtswidrigkeit voraussetzt. Die Entscheidung hängt davon ab, ob derjenige, der aus einem gültigen Titel vollstreckt, ohne daß ihm ein materieller Anspruch gegen den Schuldner zusteht, rechtswidrig handelt, oder ob er trotz Fehlens des materiellen Anspruchs rechtmäßig handelt, weil der Staat ihn zu der Vollstreckung berechtigt und ermächtigt. Die Beantwortung dieser Frage wird erst später möglich sein, wenn wir den Rechtsgrund der Haftung erörtert haben. Nimmt man an, daß die vom Staate zugelassene Vollstreckung unter allen Umständen rechtmäßig ist, so kann nur § 826 BGB. Anwendung finden. Fahrlässigkeit genügt alsdann nicht. Der Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung voraus. Sie liegt vor, wenn aus einem Titel vollstreckt wird und der Vollstreckende weiß, daß die Berichtigung, Abänderung oder Aufhebung des Titels mit Bestimmtheit zu erwarten ist, oder daß die Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage gegeben sind.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Vollstreckung auf Grund eines zwar unrichtigen, aber rechtskräftigen, auch durch außerordentliche Rechtsbehelfe nicht mehr angreifbaren Urteils erfolgt. Wer trotz Unrichtigkeit einer gerichtlichen rechtskräftigen Entscheidung, deren Vollstreckung nicht gehindert werden kann, das ihm zugesprochene Recht durchsetzt, handelt grundsätzlich nicht sittenwidrig, auch wenn er die Unrichtigkeit kennt. Es entspricht dies der herrschenden Meinung der Literatur und auch der des Reichsgerichts [14]). Das Reichsgericht hat allerdings eine Ausnahme zugelassen. Es hat einen Schadensersatzanspruch gegen den, der aus einem rechtskräftigen Urteil vollstreckt hat,

[14]) Stein-Jonas Anm. IX zu § 322; RGR.-Komm. Anm. 5 d zu § 826; Oertmann Anm. 4 g zu § 826 und Bürg.-A. Bd. 42, Heft I, S. 5 ff; Rosenberg § 163, 1; RGZ. 67, 151; Recht 1920, Nr. 2854 usw.

zuerkannt, wenn das rechtskräftige Urteil arglistig erschlichen war. Es hat die Schadensersatzpflicht des Klägers und Vollstreckungsgläubigers aus § 826 BGB. damit begründet, daß hier schon die Erwirkung des Titels, auf Grund dessen vollstreckt wird, die unerlaubte Handlung bilde [15]).

Richtig ist, daß die Erschleichung der Rechtskraft und infolgedessen auch die Schadenszufügung gegen die guten Sitten verstößt. Dennoch unterliegt die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus prozessualen Erwägungen erheblichen Bedenken. Ein großer Teil der Literatur, und vor allem die Prozessualisten [16]), weisen mit Recht darauf hin, daß der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches an den Vollstreckungsschuldner die Rechtskraft des ersten Urteils entgegenstehe. Es ist mit der Rechtskraft nicht vereinbar, das Bestehen des rechtskräftig festgestellten Anspruchs in einem neuen Verfahren nachzuprüfen, gleichviel, ob man auf dem Standpunkte der materiellen Rechtskrafttheorie steht und demnach annimmt, daß der Anspruch spätestens durch das Urteil entstanden sei, oder ob man auf dem Standpunkte der prozessualen Rechtskrafttheorie steht und annimmt, daß der Anspruch durch das rechtskräftige Urteil bindend festgestellt werde. — Ein weiterer Gegengrund ergibt sich aus den Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578 ff ZPO.). Das Gesetz hat mit der Möglichkeit unsittlicher und strafbarer Handlungen der siegreichen Partei gerechnet und die Restitutionsklage und eine Aufhebung des Urteils nur bei fest umrissenen Tatbeständen und auch nur innerhalb bestimmter Fristen gelassen. Diese Bestimmungen würden ihren Sinn verlieren, wenn man einer Beseitigung der Urteilsfolgen bei anderen Tatbeständen und über die im § 586 ZPO. festgesetzte Frist von 5 Jahren vom Tage der Rechtskraft an hinaus zustimmen wollte. — Schließlich würde auch die Schadensersatzklage sowieso versagen, wenn es sich bei dem ersten Urteil um ein Feststellungs- oder Gestaltungsurteil handelt. Die Wirkungen dieser Urteile können in dem wesentlichen Punkte doch auf keine Art und Weise ausgeglichen werden.

Im Gegensatz hierzu stehen das Reichsgericht [17]) und der seiner Rechtsprechung beipflichtende Teil der Literatur [18]) auf folgendem Standpunkt: Vor dem fundamentalen Satze, daß die vorsätzliche Rechts-

---

[15]) Vgl. Anmerkung 17.

[16]) Hellwig Syst. I, S. 786 und Recht 1910, S. 173 ff; Goldschmidt Lb. § 63, 4; Kleinfeller Zeitschr. f. Rechtspfl. i. Bayern 1906, S. 4 ff; Hamburger S. 98 ff; Pagenstecher Rkr. S. 595 ff; Oertmann 5. Aufl. Anm. 4 g zu § 826 BGB, im Gegensatz zu d. 4. Aufl.; Rosenberg § 163, 3; Stein-Jonas Anm. IX, 2 zu § 322; R. Schultz, der gleichzeitig eine Zusammenstellung der früheren Literatur gibt: i. Rechtsgang Bd. 1, S. 469 ff.

[17]) RGZ. 46, 75 (für d. frühere Recht!); 61, 301; 78, 389; R. G. Warneyer 1920 Nr. 110; R. G. Warneyer 1922 Nr. 45, 46; R. G. St. 26, 305; 34, 279 u.a.

[18]) Förster-Kann, Anm. 6 b zu § 322; RGR.-Komm. Anm. 5 d zu § 826;

verletzung zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichte, müsse die Rechtskraft zurücktreten. Wo sie bewußt zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben, dürfe man nicht an der Unerschütterlichkeit der Rechtskraft festhalten. Es sei mit dem Rechtsgefühle unvereinbar, wenn der Gläubiger das, was er sich durch ein auf verbrecherische Art und Weise erwirktes Urteil verschafft hat, unter dem Schutze der Rechtskraft ungestört behalten dürfe. Auch sei es unrichtig, daß der Anwendbarkeit des § 826 BGB. die Wiederaufnahmevorschriften der §§ 578 ff ZPO. entgegenständen, da das frühere Urteil durch die Zuerkennung des Schadensersatzanspruches gar nicht aufgehoben werde.

Wenn auch dem Reichsgericht zuzugeben ist, daß das frühere Urteil formell nicht aufgehoben wird, so kommt doch der Aufhebung, praktisch gesehen, die Zuerkennung des Schadensersatzanspruches gleich. Auch sind die Bedenken nicht widerlegt, die sich aus der Rechtskraft der Entscheidung ergeben. Die Ausführungen des Reichsgerichts sind de lege ferenda beachtlich, [19]) de lege lata können sie nicht überzeugen. An der Rechtskraft ist in jedem Falle festzuhalten. Sie bedeutet die Rechtsgewißheit und den Rechtsfrieden.

Das Reichsgericht hat in seiner Anwendung des § 826 BGB. gegenüber arglistig erschlichenen Urteilen eine verhältnismäßig größere Zustimmung in den Fällen gefunden, in denen der vermögensrechtliche Anspruch, dessen Verlust geltend gemacht wird, nicht unmittelbar Gegenstand der früheren Entscheidung gewesen ist. Wenn die als allein oder mitschuldig geschiedene Ehefrau trotz dem vom Ehemanne arglistig erschlichenen Ehescheidungsurteile den Verlust ihres Unterhaltsanspruches einklagt, soll eine Verurteilung nach der in der Rechtsprechung und Literatur herrschenden Ansicht zulässig sein; man sagt, die Verurteilung erfordere weder eine Verneinung der Ehescheidung noch eine Verneinung der Schuldigerklärung, stehe also mit der Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils nicht im Widerspruch[20]).

Die Ansicht ist nicht zutreffend. Wenn auch das Reichsgericht den Schadensersatzanspruch gerade damit zu begründen versucht, daß das Scheidungsurteil wirksam bleibt und derjenige, der das Urteil arglistig erschlichen hat, für die Folgen, nämlich für den Verlust des Unterhaltsanspruches, haften soll, so ist doch sicher, daß die Zuerkennung des Schadensersatzanspruches nicht möglich ist ohne die Feststellung, daß das zwischen den Parteien ergangene rechtskräftige Urteil unrichtig ist.

Graszynski S. 42 ff; Planck Anm. 5 zu § 826; Staub Exkurs zu § 346 Anm. 9; Staudinger Anm. 3 c zu § 826. Zusammenstellung und Besprechung der früheren Literatur bei R. Schultz, Rechtsgang, Bd. 1, S. 458 ff.

[19]) Vgl. hierzu Seite 87, Zeile 4 ff.

[20]) RGZ. 75, 213; RG. J. W. 1926, 1148[6]; Rosenberg § 163, 2; Stein-Jonas Anm. IX, 2 zu § 322.

Gerade diese Feststellung aber darf der Richter nicht treffen. Sie wäre unvereinbar mit der auch den Schuldausspruch umfassenden Rechtskraftwirkung des Scheidungsurteils, das als Gestaltungsurteil eine bestimmte Rechtslage geschaffen hat. Die Rechtslage ist für den Richter bindend, auch wenn er über einen Anspruch erkennt, der nicht unmittelbar Gegenstand der früheren Entscheidung gewesen ist.

§ 6.

Die in der Zivilprozeßordnung geregelten Fälle.

Die in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. enthaltenden Bestimmungen über die unbedingte Schadensersatzpflicht sind durch die Novelle vom 17. Mai 1898 in die Zivilprozeßordnung eingefügt worden.

Der § 302 ZPO. behandelt den Fall des Vorbehaltsurteils, das die Entscheidung über die geltend gemachte Aufrechnung mit einer Gegenforderung vorbehält. Hat der Kläger von dem Rechte der Vollstreckung aus einem derartigen Vorbehaltsurteil Gebrauch gemacht oder hat der Beklagte, um die Vollstreckung abzuwenden, gezahlt oder Sicherheit geleistet, so ist der Kläger dem Beklagten im Falle der Urteilsaufhebung zum Ersatze des ihm entstandenen Schadens verpflichtet. Auf ein Verschulden des Klägers kommt es nicht an. Er braucht nicht einmal die Vollstreckung betrieben zu haben. Andererseits genügt aber auch nicht jede freiwillige Leistung des Beklagten. Es ist vielmehr erforderlich, daß die Vollstreckung — nach dem Verhalten des Klägers zu urteilen — drohte, wobei es keinen Unterschied macht, ob dieser die Vollstreckung ausdrücklich angedroht oder ob er sich z. B. nur eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils hat geben lassen [21]). Eine Handlung des Klägers ist in jedem Falle erforderlich; eine konkludente Handlung genügt; sie muß nur für den Schaden des Beklagten im Sinne der adäquaten Verursachung kausal gewesen sein.

Erfolgt die Aufhebung des Urteils nicht im Nachverfahren, sondern im Rechtsmittelverfahren, so ist die Vorschrift des § 717 II ZPO. heranzuziehen.

Aehnlich wie beim § 302 ZPO. ist die Sachlage im Falle des § 600 ZPO. Der Urkunden- und Wechselprozeß beschränkt die Verteidigung des Beklagten auf bestimmte Verteidigungsmittel und schneidet ihm in vielen Fällen die Geltendmachung seiner an sich berechtigten Verteidigungsmittel im Urkundenprozeß ab. Nach § 599 Abs. I ZPO. ist aber dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruch widersprochen hat, in allen Fällen, in denen er verurteilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

[21]) Stein-Jonas Anm. II, 5 zu § 717; Rosenberg § 180, 1 b; OLG. 37,159.

Hinsichtlich des Vorbehaltsurteils gilt das gleiche wie beim § 302 ZPO. Der Kläger kann aus dem Urteil vollstrecken; er muß aber gewärtig sein, daß er ohne Rücksicht auf ein Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn das Urteil im Nachverfahren aufgehoben wird. Der § 600 II verweist auf § 302 Abs. IV Satz 2—4 ausdrücklich. Dies ist von größter Bedeutung; denn in dem Nachverfahren, das dem Vorbehaltsurteile in dem Urkunden- und Wechselprozeß folgt, hat das Gericht nicht nur über die früheren noch unerledigten Einwendungen, sondern auch über alle gegen den Klageanspruch neu vorgebrachten Tatsachen und rechtlichen Einwände zu entscheiden, so daß die Aufhebung des Titels aus den mannigfachsten Gründen erfolgen kann. Selbst nach Erlaß des Vorbehaltsurteils entstandene Einwendungen können von dem Beklagten im Nachverfahren vorgetragen und müssen berücksichtigt werden [22]). Wenn es in dem § 302 Abs. IV Satz 2 heißt: „Soweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet w a r , ist das frühere Urteil aufzuheben", so hat der Gesetzgeber hierbei offenbar nur an den Normalfall, d. h. insbesondere an den der schon geltend gemachten, aber noch nicht entschiedenen Aufrechnungseinrede, gedacht. Grundsätzlich ist in dem Zivilprozeßverfahren für die Entscheidung des Rechtsstreits allein der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend.

Der § 717 II ZPO. regelt den Fall, daß ein — auf Antrag oder von Amts wegen [23]) — für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird. Auch in diesem Falle soll der Kläger zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist.

Daß dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil der Vollstrekkungsbefehl gleichsteht, ergibt sich aus § 700 ZPO. Zweifelhaft erscheint dagegen, ob auch vollstreckbare Beschlüsse hierher gehören. Das Gesetz erwähnt sie, wie wir schon oben gesehen haben, nicht; es käme daher nur eine analoge Anwendung des § 717 II ZPO. in Betracht; deren Zulässigkeit wird aber erst später zu erörtern sein.

Die Aufhebung des Urteils muß, wie eine Gegenüberstellung der Absätze 1 und 2 des § 717 ZPO. ergibt, die Hauptsache oder die Kostenentscheidung betreffen [24]); nicht genügt die Aufhebung der „Vorläufigen Vollstreckbarkeit". Es wäre unbillig, den „Kläger dafür verant-

[22]) Stein-Jonas Anm. V, 3 zu § 600; Förster-Kann Anm. 3 b aa zu § 600; RGZ. 45, 429 u. a. A. A. Esche, S. 21/22.

[23]) Protokolle II, 160.

[24]) Herrschende Meinung. And. Ans. hinsichtlich der Kostenentscheidung: Freud.-Sauerl. Anm. A, b zu § 717; Neukamp Anm. 2, b zu § 717; Görres S. 385; Bad. Rechtspraxis 03, S. 73.

wortlich machen zu wollen, daß er die Befriedigung seiner schließlich durch Richterspruch anerkannten Ansprüche früher erlangt hat, als es bei ordnungsmäßigem Gange der Fall gewesen sein würde"[25]). Unerheblich ist es, ob das Urteil ganz oder teilweise, ob es als materiell unbegründet oder wegen eines prozessualen Mangels aus einem rein formalen Grunde wie z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs aufgehoben wird[26]). Die Schadenersatzverbindlichkeit des § 717 Abs. II ZPO. entsteht auch dann, wenn gar keine endgültige Sachentscheidung ergeht, wenn z. B. nur ein bedingtes Endurteil erlassen wird oder das Gericht die Sache in die Vorinstanz zurückverweist. Manche Kommentatoren wie Seuffert-Walsmann, Struckmann-Koch und Petersen-Anger[27]) behaupten unter Berufung auf die Vorgeschichte des Paragraphen, daß eine endgültige und unbedingte Entscheidung zur Begründung der Ersatzpflicht erforderlich sei; die von ihnen vertretene Ansicht läßt sich jedoch mit dem klaren Gesetzeswortlaut nicht in Einklang bringen. In dem § 717 II ZPO. wird es allein auf die Tatsache der Aufhebung oder Abänderung des früheren Urteils abgestellt, ohne daß das Gesetz für die aufhebende Entscheidung bestimmte Erfordernisse nennt. Auch kommt hinzu, daß sich ein Ersatzanspruch nach der gegenteiligen Meinung im Falle der Zurückverweisung des Rechtsstreits in die Vorinstanz nie begründen ließe; denn das Gericht der unteren Instanz hebt, wenn es nunmehr die Klage abweist, sein früheres Urteil nicht auf[28]).

Besonders umstritten ist sowohl im Falle des § 717 II ZPO. als auch im Falle des § 600 ZPO. die Frage, ob eine Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers auch dann eintritt, wenn das Urteil aufgehoben wird auf Grund von Tatsachen, die erst nach der Vollstreckung entstanden sind. Der Gesetzeswortlaut des § 717 II ZPO. spricht dafür, während im Falle des § 600 II ZPO. aus dem Gesetzestext selbst über diese Frage nichts zu entnehmen ist. Daß die vom § 600 II ZPO. in bezug genommenen Worte des § 302 IV ZPO. „unbegründet war" für den Urkundenprozeß nicht zutreffen und daher nicht maßgebend sein können, weil im Nachverfahren dieser Prozeßart sämtliche Einwendungen nachzuprüfen sind, ist schon oben festgestellt worden. Das Schrifttum lehnt zu einem großen Teil die Schadensersatzpflicht ab mit der Begründung, daß der Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht in den

[25]) Hahn-Mugdan Bd. 8, Begründ. d. Reichstagsvorlage S. 146.

[26]) Stein-Jonas Anm. II, 1 zu § 717; Syd.-Busch-Krantz Anm. 5 zu § 717; Rosenberg § 180, 1a; Albrecht S. 11, 18 f u. a.

[27]) Seuff.-Walsmann Anm. 2 c zu § 717; Struckm.-Koch Anm. 4 zu § 717; Peters.-Anger Anm. 4 zu § 717; ferner: Hellwig-Oertmann Syst. II, S. 176; Weismann § 125, VII, 3 und Schneider DJZ. 1907, S. 1122.

[28]) Vgl.: Stein-Jonas Anm. II, 1 zu § 717; Syd.-Busch-Krantz Anm. 5 zu § 717; Freud.-Sauerl. Anm. 6 zu § 717; Rosenberg § 180, 1 a; Albrecht S. 16 ff. RGZ. 64, 278; J. W. 1926, 816[13].

zur Erörterung stehenden Fällen in einer objektiven Rechtswidrigkeit des Handelns zu erblicken sei, und daß dieser Rechtsgrund fehle, wenn der Vollstreckungsgläubiger aus einem Urteil vollstreckt, das aufgehoben wird auf Grund von Tatsachen, die erst nach der Vollstreckung entstanden sind [29]). Ob der Rechtsgrund der Haftung beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb tatsächlich in einer objektiven Rechtswidrigkeit der Vollstreckungshandlung zu erblicken ist, wird später noch eingehend zu erörtern sein; soviel sei aber schon jetzt festgestellt, daß man folgerichtig, wenn man jene Lehre vertritt, die Schadensersatzpflicht ablehnen muß; denn eine Vollstreckung, die dem materiellen Rechte entspricht, ist auf jeden Fall rechtmäßig und niemals objektiv rechtswidrig. Wenn man dagegen — wie es weiter unten geschehen wird — die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb ablehnt, dann muß man die Schadensersatzpflicht bejahen, da es alsdann nur darauf ankommt, ob das frühere Urteil aufgehoben wird oder nicht; aus der Fassung des § 717 II ZPO. geht dies deutlich hervor [30]).

Daß nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte auf Grund des § 717 ZPO. ohne Rücksicht auf Verschulden schadensersatzpflichtig werden kann, wird allgemein anerkannt [31]). Wenn das Gesetz nur den Kläger als Ersatzpflichtigen nennt, so handelt es sich nach dem Reichsgericht um „eine zu enge, mit dem wahren Willen der gesetzgebenden Faktoren sich nicht vollständig deckende Fassung“. Es ist ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber beabsichtigt haben könnte, die beiden Prozeßparteien verschieden zu behandeln [32]). Was im Falle der Vollstreckung durch den Kläger gilt, muß auch gelten, wenn der Beklagte auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten (klageabweisenden) Urteils die Kosten vom Kläger beitreibt oder vor Durchführung der Vollstreckungshandlung zur Abwendung der Vollstreckung Zahlung erhält.

Herrschende Meinung ist es heute, daß Kostenentscheidungen, die bei Abweisung der Klage oder gemäß § 93 ZPO. den Kläger zur Tragung der Kosten verurteilen, für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind [33]). Der herrschenden Meinung ist beizupflichten. Die Vorschrift des § 710 ZPO. n. F. bezieht sich auf alle Urteile, die nicht unter §§ 708, 709 ZPO. fallen, es sei denn, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit schon nach dem Inhalte der Entscheidung ausgeschlossen ist. Der

[29]) Goldschmidt S. 4, Görres S. 273; Hörnecke S. 32/33; H. Rogge S. 45; Stein-Jonas Anm. II, 2 zu § 717; RG. D. J. Z. 08, 427 u. a.

[30]) Albrecht S. 20; Esche S. 31; Kuttner S. 23; (Seuff.-) Walsmann Anm. 2c zu § 717; RGZ. 63,330 u. a.

[31]) Freud.-Sauerl. Anm. 7 zu § 717; Syd.-Busch-Krantz Anm. 6 zu § 717; JW. 1901, 842; OLG. 29, 164 u. a.

[32]) RGZ. 49, 413.

[33]) Stein-Jonas Anm. I, 1 zu § 710; Syd.-Busch-Krantz Anm. 9 zu § 709; (Seuff.-) Walsmann Anm. 9 zu § 708 u. a.

Streit, der heute besteht, geht in der Hauptsache darum, ob die Kostenentscheidungen, welche bei Klageabweisung ergehen, falls die Kosten 500.— RM. voraussichtlich nicht übersteigen, nach § 709 Ziff. 4 ZPO. ohne Sicherheitsleistung oder, wie es die Regel ist, nach § 710 ZPO. gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Obwohl der Hinweis in Ziff. 4 des § 709 auf die §§ 3—9 ZPO. dafür spricht, daß unter „Verurteilung" die Verurteilung in der Hauptsache zu verstehen ist, wird man einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift über die Vollstreckbarkeitserklärung ohne Sicherheitsleistung auf die klageabweisenden Urteile zustimmen müssen [34]). Es liegt kein Grund vor, den Kläger einseitig zu bevorzugen; der Beklagte verdient den Schutz, den die vorläufige Vollstreckbarkeit gewährt, mindestens in dem gleichen Maße wie der Kläger. Auch kommt hinzu, daß reine Kostenentscheidungen, die nach Erledigung der Hauptsache ergehen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegen, einer Vollstreckbarkeitserklärung überhaupt nicht bedürfen; sie sind gemäß § 794 Ziff. 3 ZPO. ohnehin vollstreckbar, da sie nur mit der Beschwerde angefochten werden können und die Beschwerde keine aufschiebende Kraft hat. (§§ 99 III, 572 ZPO.)

Jeder Ersatzanspruch entfällt, wenn das aufhebende Urteil — und zwar sowohl das der §§ 302, 600 als auch das des § 717 II ZPO. — in der höheren Instanz selbst wieder aufgehoben wird. Denn stimmt das endgültige Ergebnis mit dem Inhalte des ersten Vollstreckungstitels überein, so steht fest, daß die Vollstreckung nie ungerechtfertigt gewesen ist [35]).

Anders als in den bisher behandelten Fällen sind die Voraussetzungen der Haftung nach der Vollstreckung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung geregelt. Nach § 945 ZPO. ist zur Begründung der unbedingten Schadensersatzpflicht die Aufhebung der angeordneten Maßregel erforderlich und ausreichend, wenn sie auf Grund der §§ 926 II oder 942 III ZPO. wegen Versäumung der dort vorgesehenen Fristen erfolgt. Die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, ist sodann ohne Rücksicht auf ein Verschulden verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, daß er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel zu erwirken.

[34]) Stein-Jonas Anm. III zu § 709; Syd.-Busch-Krantz Anm. 9 zu § 709; Seuff.-Walsmann 12. Aufl. Anm. 9 zu § 708, im Gegensatz zur früheren Aufl.; Baumbach, der eine extensive Ausdehnung befürwortet, Anm. 2 zu § 709; OLG. 2, 130 u. a. — And. Ans. Förster-Kann Anm. 2b zu § 709 u. a.

[35]) Baumbach Anm. 3 zu § 717; Neukamp Anm. 3 zu § 717; Syd.-Busch-Krantz Anm. 5 zu § 717; Görres S. 372; RG. „Recht" 1912, Nr. 1049; RGZ. 121, 180 u. a. A. A. Stein-Jonas Anm. II, 1 zu § 717.

In Anlehnung an die §§ 926 II, 942 III ZPO. nimmt (Stein-) Jonas[36]) eine unbedingte Schadensersatzpflicht auch in dem Falle an, daß die Vollziehung des Arrestes mit Rücksicht auf die Fristen der §§ 929 II, 929 III ZPO. unwirksam ist oder unwirksam wird. Ob das Ergebnis zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Nach unserer Definition handelt es sich dort nicht um einen ungerechtfertigten, sondern um einen unzulässigen Vollstreckungsbetrieb. Denn nur die Vollziehung ist in einem solchen Falle mangelhaft; die Arrestanordnung selbst bleibt bestehen und wird auch in keiner anderen Art und Weise mißbilligt.

Nach § 945 ZPO. besteht ferner eine unbedingte Schadensersatzpflicht, wenn sich die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Nach dem Reichsgericht ist dies der Fall, wenn die Voraussetzungen der Anordnung zur Zeit ihres Erlasses objektiv nicht vorgelegen haben[37]), also beim Arrest der Anspruch nicht bestand oder der Arrestgrund fehlte, bei der einstweiligen Verfügung der Anspruch oder das Rechtsverhältnis nicht bestand oder die Gefahr, soweit sie zu prüfen war, oder die Notwendigkeit einer einstweiligen Regelung zu Unrecht angenommen wurde. Allein die fehlende innere Berechtigung der angeordneten Maßregel zur Zeit ihres Erlasses entscheidet[38]). Es kommt nicht darauf an, ob die Entscheidung im voraufgegangenen Widerspruchsverfahren oder im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Anordnung gemäß § 942 I ZPO. aufgehoben worden ist[39]). Die Ersatzpflicht des Antragstellers besteht auch dann, wenn ein Widerspruchsverfahren oder ein Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung gemäß § 942 I ZPO. nicht durchgeführt worden ist, sich aber im Prozeß über die Hauptsache oder im Prozeß, in dem der Schadensersatzanspruch eingeklagt wird, das Nichtbestehen des gesicherten Anspruchs zur Zeit der Anordnung ergibt[40]). Andererseits tritt trotz Aufhebung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung eine Ersatzpflicht des Antragstellers nicht ein, wenn die Aufhebung auf veränderte Umstände zurückzuführen ist und der Arrestanspruch und der Arrestgrund im Zeitpunkte des Erlasses der Anordnung vorhanden waren. Es kann sein, daß die Aufhebung gemäß § 927 ZPO. erfolgt; aber auch im Widerspruchsverfahren und im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung gemäß § 942 I ZPO. können Urteile ergehen, die die angeordnete Maßregel deshalb aufheben, weil der Arrestgrund nachträglich weggefallen ist. Wie wir schon festgestellt haben, ist allein der Schluß

[36]) Stein-Jonas Anm. III zu § 945.

[37]) RGZ. 67, 371; 72, 29; J. W. 1928, 712[10]; ferner Stein-Jonas Anm. II zu § 945; Syd.-Busch-Krantz Anm. 1 zu § 945.

[38]) RGZ. 58, 238; 59, 355.

[39]) RGZ. 58, 239; 65, 196; Warn.-E. 1927, Nr. 127.

[40]) RGZ. 72, 29; Gruch 56, 348.

der letzten mündlichen Verhandlung der für die Entscheidung maßgebende Zeitpunkt.

Der Richter, der über den Schadensersatzanspruch urteilt, ist nach der herrschenden Ansicht an die rechtskräftigen Erkenntnisse sowohl der Hauptklage als auch des Arrestprozesses gebunden, d. h. er ist verpflichtet, dem Arrestschuldner einen Schadensersatzanspruch ohne nochmalige Prüfung des Sachverhalts zuzuerkennen, wenn nur die Urteilsgründe der rechtskräftigen Entscheidung ergeben, daß der Arrest oder die einstweilige Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war. Eine nochmalige Prüfung findet nicht statt, wenn die Hauptklage abgewiesen worden ist, weil der Anspruch nie bestanden hat, oder die Anordnung im Widerspruchsverfahren oder im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung gemäß § 942 I ZPO. aufgehoben worden ist, weil die sonstigen Voraussetzungen zur Zeit ihres Erlasses nicht vorgelegen haben. Viele, insbesondere Laue,[41]) leugnen die Bindung des Richters an das Urteil des Arrestprozesses ganz allgemein. Dieser Ansicht muß jedoch entschieden widersprochen werden. Das Widerspruchsverfahren ist ein kontradiktorisches Verfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung, und da erscheint es dem Interesse der Rechtssicherheit wenig entsprechend, wenn in dem Rechtsstreit über den Schadensersatzanspruch ein beliebiges anderes Gericht darüber abzuurteilen hätte, ob die auf eingehender Prüfung beruhende Entscheidung des Arrestrichters richtig war oder nicht. Zwar trifft es zu, daß der Arrestrichter nur über die Frage entscheidet, ob die getroffenen Maßnahmen „vorläufig statthaft" waren. Diese Tatsache schließt aber nicht aus, daß die Entscheidung insoweit endgültig ist und das Bestehen oder Nichtbestehen der Rechtmäßigkeit des Arrestes ein für allemal feststellt[42]). Auch der Richter, der über den Schadensersatzanspruch urteilt, hat nur zu prüfen, ob der Arrestanspruch und der Arrestgrund zur Zeit des Erlasses des Arrestes unter verständiger Würdigung sämtlicher damals bekannten Umstände genügend glaubhaft gemacht waren[43]).

Es erhebt sich die nicht unwesentliche Frage, ob die Vorschrift des § 945 ZPO. auch dann Anwendung findet, wenn sich eine in Ehesachen erlassene einstweilige Verfügung, die die einstweilige Regelung des Unterhalts zum Gegenstande hat, als ungerechtfertigt erweist. Das Reichsgericht hat die Frage früher verneint, indem es darauf hin-

[41]) Laue S. 20; Hellwig-Oertmann Syst. Bd. II, S. 453; Friedenthal in ZZP. 53, 413; Kaufmann S. 20 ff; Mendelssohn-Bartholdy Seuff. Bl. 78, 49 ff u. 77 ff.

[42]) RGZ. 58, 240 ff; 59, 359, 65, 67; J.W. 1911, 720; Syd.-Busch-Krantz Anm. 1 zu § 945; Schnitzler S. 8 u. a.

[43]) RGZ. 67, 368; 78, 238; Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 717; Esche S. 63 f; Stern S. 123.

wies, daß in dem Absatz IV des § 627 ZPO. der § 945 nicht mit aufgeführt sei;[44]) das Reichsgericht hat jedoch diesen Standpunkt in einer neueren Entscheidung mit Recht wieder aufgegeben[45]). Der § 627 ZPO. regelt die Voraussetzungen für den Erlaß der einstweiligen Verfügung und das prozessuale Verfahren und nimmt deshalb auf die Bestimmungen der §§ 936—944 ZPO. Bezug. Nicht war es erforderlich, daß der Gesetzgeber in dem § 627 ZPO. auch die Vorschrift des § 945 ZPO. erwähnte; denn diese regelt die Rechtsfolgen der einstweiligen Verfügung in materieller Beziehung, ohne sich auf eine bestimmte Gruppe der einstweiligen Verfügungen zu beschränken. Wollte man den Standpunkt, den das Reichsgericht früher eingenommen hat, vertreten, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß ein Ehemann, der während des Eheprozesses im ordentlichen Verfahren zur Unterhaltszahlung verurteilt ist, auf Grund des § 717 II ZPO. Schadensersatz verlangen könnte, daß aber ein Ehemann, der gemäß § 627 ZPO. in dem weniger Garantien bietenden summarischen Verfahren verurteilt ist, diesen Schadensersatzanspruch nicht hätte[46]).

Das Anwendungsgebiet der in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. enthaltenen Vorschriften ist sehr weitgehend. Eine noch nicht erwähnte Einschränkung erleidet jedoch die Vorschrift des § 717 II: Gemäß Absatz III des § 717[47]) ist die unbedingte Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers ausgeschlossen, wenn das für vorläufig vollstreckbar erklärte, in der höheren Instanz aufgehobene oder abgeänderte Urteil eine vermögensrechtliche Streitigkeit betrifft und vom Oberlandesgericht erlassen worden ist. In diesem Falle ist der Vollstreckungsgläubiger nur verpflichtet, das vom Schuldner Geleistete oder Gezahlte nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu erstatten. Eine Schadensersatzpflicht könnte daneben lediglich dann in Betracht kommen, wenn der Gläubiger bei der Vollstreckung schuldhaft gehandelt hat und eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. vorliegt, wobei wiederum dahingestellt bleiben muß, ob schon ein jedes schuldhaftes Verhalten zur Begründung der Schadensersatzpflicht genügen würde oder ob nicht eine gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung nach § 826 BGB. erforderlich ist. Auf jeden Fall ist festzustellen, daß die Schadensersatzvorschriften des BGB., soweit nicht sonstige Hindernisse entgegenstehen, neben dem § 717 ZPO. in Geltung geblieben sind. Der Absatz III des § 717 ZPO. erwähnt in dem Satz 1 allein den Absatz II dieses Para-

[44]) RGZ. 63, 38.
[45]) RGZ. 104, 246; ebenso Sächs.-Arch. 13, 588.
[46]) Syd.-Busch-Krantz Anm. 9 zu § 627 ist der im Text vertretenen Auffassung. A. A. Struckmann-Koch Anm. zu § 627 u. Kaufmann S. 44 f.
[47]) Eingefügt durch Novelle von 1910.

graphen und schließt nur dessen Anwendbarkeit aus [48]). Die Behauptung von (Stein-) Jonas,[49]) der Absicht des Gesetzgebers entspreche der völlige Ausschluß eines jeden Schadensersatzanspruches, ist durch nichts gerechtfertigt. (Stein-) Jonas beruft sich auf die Kommissionsberatungen, in denen jener Ausschluß befürwortet wurde. Die Protokolle können jedoch für die Auslegung eines Gesetzes nicht ohne weiteres von ausschlaggebender Bedeutung sein. Auch die Protokolle stellen nur unverbindliche Meinungsäußerungen der einzelnen Kommissionsmitglieder dar. In erster Linie entscheidet der klare Wortlaut des Gesetzes. Will man von dem Wortlaute des Gesetzes abweichen, so müssen hierfür besondere Gründe bestehen, und solche Gründe sind in dem vorliegenden Falle nicht vorhanden. Der Zweck der Novelle, die den § 717 Absatz III in die Zivilprozeßordnung einfügte, war es, das Reichsgericht zu entlasten, und dieser Zweck konnte schon durch den Ausschluß der unbedingten Haftung erreicht werden, ohne daß es zugleich des Ausschlusses der von einem Verschulden abhängigen Schadensersatzpflicht bedurfte. Nur die unbedingte Haftpflicht des Vollstreckungsgläubigers war es, die für den in der zweiten Instanz unterlegenen Vollstreckungsschuldner einen besonderen Anreiz bildete, auch in zweifelhaften Fällen von dem Rechtsmittel der Revision Gebrauch zu machen.

Die Frage der Schadensersatzpflicht ist hier, in dem Falle des § 717 Abs. III ZPO. keineswegs anders zu behandeln als in allen anderen Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes, in denen die unbedingte Schadensersatzpflicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Auch wenn ein vollzogener Arrest oder eine einstweilige Verfügung aus dem Grunde aufgehoben wird, weil die Anordnung, die anfangs zu Recht bestand, nicht mehr gerechtfertigt ist, kommen nach der übereinstimmenden Ansicht von Rechtsprechung und Literatur die Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen grundsätzlich zur Anwendung [50]).

Der Fall des § 1042 c II ZPO. (Aufhebung eines Beschlusses, durch den ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt worden ist,) bedarf einer besonderen Erörterung nicht. Ist aus dem Schiedsspruch vor Aufhebung der Vollstreckbarkeitserklärung vollstreckt worden, so gelten die Bestimmungen des § 717 II und III ZPO. entsprechend.

Aehnliche Vorschriften wie der Absatz III des § 717 ZPO. enthielten die durch die Novelle von 1924 aufgehobenen §§ 540—541 ZPO. Sie sahen ein Vorbehaltsurteil für den Fall vor, daß Verteidigungs-

---

[48]) Syd.-Busch-Krantz Anm. 10 zu § 717 u. a.
[49]) Stein-Jonas Anm. V, 1 zu § 717.
[50]) Vgl. insbesondere: RG. in Seuff.-Arch. 74. 275 und Kaufmann S. 36.

mittel in der Berufungsinstanz in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit verspätet vorgebracht wurden. Hatte der Gläubiger aus diesem Vorbehaltsurteil vollstreckt, und wurde es aufgehoben, so trat nach positiver Gesetzesvorschrift keine Schadensersatzpflicht, sondern eine Erstattungspflicht ein. Die Beschränkung fand ihren gesetzgeberischen Grund darin, daß das verspätete, schuldhafte Vorbringen von Verteidigungsmitteln allein dem Beklagten zur Last fällt und deshalb nicht dem Kläger zum Nachteil gereichen darf. Es rechtfertigte, dem Beklagten den Schadensersatzanspruch zu versagen.

§ 7.

Entstehungsgeschichte der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO.

Wie sich die Haftung beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb gestaltet in den Fällen, die im Gesetz nicht erwähnt sind, ist die Frage, die wir vor allem einer Erörterung zu unterziehen haben. Wird hier überhaupt nicht gehaftet, oder nur nach BGB., oder sind die Bestimmungen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO., die wir soeben erörtert haben, analog anzuwenden? Seit dem Inkrafttreten der Novelle von 1898 ist die Frage nach der Haftung in den vom Gesetz nicht erwähnten Fällen von der Literatur und Rechtsprechung wiederholt untersucht worden. Früher fehlte eine positive Regelung überhaupt; auch verlangte man überwiegend beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb ein schuldhaftes Verhalten. Als aber die unbedingte Schadensersatzpflicht in zahlreichen Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes im Sinne der Erfolgshaftung positiv geregelt worden war, mußte sich die Frage der Zulässigkeit einer analogen Anwendung des dort anerkannten Haftungsprinzips ergeben.

Das Problem „Verschuldenshaftung — Erfolgshaftung" bestand vor dem Jahre 1898 vor allem bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen wie auch bei dem vorläufig vollstreckbaren Urteil.

In dem gemeinen Recht trat die Frage der Haftung insbesondere im Anschluß an das Arrestverfahren auf. Man hatte den Arrest aus dem italienischen Recht übernommen und versuchte mit Hilfe des rezipierten römischen Rechts wie in Italien eine unbedingte Schadensersatzpflicht des Arrestnehmers zu begründen. Man berief sich auf § 1 Inst. IV 16 de poena temere litigantis: Sed pro his introductum est et praefatum ut improbus litigator etiam damnum impensas, litis inferre adversario suo cogatur, und bezeichnete fälschlicherweise als „improbus litigator" den Kläger, der sich objektiv im Unrecht befand, gleichgültig, ob er schuldhaft gehandelt hatte oder nicht[51]). Später legte man das Wort „improbus" im subjektiven

[51]) RGZ. 8, 18.

Sinne aus: Schadensersatzpflichtig sollte nur derjenige sein, der sich seines Unrechts bewußt war[52]). In der Tat ist es ein Grundsatz des gemeinen römischen Rechts, daß nur der zum Schadensersatze verpflichtet ist, der schuldhaft gehandelt hat. Auf dem Boden des Verschuldungsprinzips stand nicht nur die Praxis, sondern auch der überwiegende Teil der Doktrin, wie z. B. Wilmowski-Levy, Pfizer, Kahane und Dernburg[53]), die beiden letzteren allerdings mit der Maßgabe, daß sie die Schuld des Arrestnehmers in jedem Falle vermuteten und so dem Geschädigten die Beweislast abnahmen. Nur wenige Theoretiker — so Briegleb, Wach und Henrici[54]) — vertraten die Auffassung, daß der Arrestnehmer unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden, haftbar sei.

Für die Fälle der Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil wurde dasselbe angenommen wie für den Arrest[55]), so daß man sagen kann: Im gemeinen Recht trat man überwiegend für eine Schuldhaftung ein.

In dem Geltungsgebiet des Allgemeinen Landrechts wurde die Frage der Haftung bei dem Arrest und dem vorläufig vollstreckbaren Urteil nicht immer einheitlich beantwortet.

In bezug auf den Arrest entschied das preußische Obertribunal nach anfänglichem Schwanken, daß eine Haftung des Arrestnehmers nur bei Verschulden einzutreten habe. Das Gericht begründete dies damit, daß die die Haftung des Arrestanten anordnenden §§ 137/138 ALR. I, 6 in einem Titel enthalten seien, der nur von unerlaubten, auf Verschulden beruhenden Handlungen spreche[56]). Dieser Ansicht des Obertribunals schlossen sich das Reichsoberhandelsgericht[57]) und das Reichsgericht[58]) an. Auch die Doktrin vertrat bei dem Arrest das Verschuldensprinzip; allein Eccius[59]) verfocht die Meinung, daß eine unbedingte Schadensersatzpflicht Platz greifen müsse. Einen vermittelnden Standpunkt nahm wiederum Dernburg ein, indem er zwar grundsätzlich die Schuldhaftung bejahte, aber dem Arrestnehmer den Exculpationsbeweis auferlegte.[60]).

---

[52]) RGZ. 26, 204; Seuff.-A., Bd. 38 Nr. 290.

[53]) Wilmowski-Levy (6) Anm. 3 zu § 644; Pfizer in ZZP. 13, 304 ff.; Kahane in Grünhut 19, 126 ff.; Dernburg (4), Bd. II, § 295,2.

[54]) Briegleb, S. 365; Wach in Grünhut 6, 544; Henrici in Gruch. 32, 161 ff.

[55]) RGZ. 11, 419.

[56]) Obertribunal-Entsch. 19, 11 (Plenarbeschluß v. 7. 1. 1850).

[57]) Reichsoberhandelsgericht-Entsch. 21, 71.

[58]) RGZ. 7, 378; 16, 327.

[59]) Förster-Eccius, Bd. I § 90 (unter Berufung auf § 75 Einl. ALR.).

[60]) Dernburg, Lbb. (4) Bd. II § 295,2.

Bei der Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil trat die Prozeßpraxis[61]) in ständiger Rechtsprechung für eine Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Gläubigers ein, und zwar wendete sie hierbei die §§ 8 I 14 und 63 I 44 ALR. und die §§ 113, 304 des Anhanges zur Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten an. Erst in den 90er Jahren entschied sich das Reichsgericht[62]) für die Schuldhaftung. Es erklärte, daß den bis dahin herangezogenen Bestimmungen eine Bedeutung nicht beigelegt werden könne, da das preußische Gesetz vom 20. März 1854 betr. Aenderung der Vorschriften über das Zivilprozeßverfahren und die Exekution in Zivilsachen und sich ihm anschließend die Zivilprozeßordnung von 1877 grundsätzlich nur einen Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten gewährten. Eccius und Dernburg hingegen verblieben auch jetzt bei den von ihnen schon früher vertretenen Ansichten. Eccius[63]) trat unter Berufung auf den § 75 Einl. ALR. für die unbedingte Schadensersatzpflicht ein, während Dernburg[64]) die Schuldhaftung, verbunden mit einer Umkehrung der Beweislast, lehrte.

Nach dem Recht des Code civil und dem damit inhaltlich insoweit übereinstimmenden Badischen Landrecht war die Rechtslage ähnlich. In Ermangelung einer besonderen Regelung der Schadensersatzpflicht griff die Rechtsprechung in dem Falle der nachträglichen Aufhebung einer provisorischen Vollstreckung (exécution provisoire, Art. 457 Code de procédure) sowie auch in dem Falle des Arrestes auf die allgemeinen Schadensersatzvorschriften der Art. 1382 und 1383 Code civil und Bad. LR. zurück, und demgemäß entschied auch das Reichsgericht für das Geltungsgebiet des französischen und badischen Rechts, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze nur denjenigen treffe, dem „ein Verschulden oder eine Unvorsichtigkeit zuzuschreiben" sei[65]). Die gegenteilige Ansicht, daß der Gläubiger nicht nur bei Verschulden, sondern unbedingt haftbar sei, wurde zwar auch hier vertreten[66]), die überwiegende Mehrheit in der Doktrin folgte jedoch der Rechtsprechung.

Durch die Reichszivilprozeßordnung von 1877 war die Frage der Schadensersatzpflicht, wie aus dem Vorstehenden zu ersehen ist, noch keineswegs gelöst worden. Die Zivilprozeßordnung bestimmte anschließend an das preußische Gesetz von 1854, daß der Kläger bei Aufhebung eines unter Vorbehalt der Entscheidung über die Auf-

---

[61]) Obertribunal-Entsch. 31, 9; Striethorst-Arch. 37, 295 und 45, 7.
[62]) RGZ. 30, 418.
[63]) Förster-Eccius, S. 548 ff.
[64]) Dernburg Lbb. (47) § 295,2.
[65]) RGZ. 13, 301; Bolze 8, Nr. 240; OLG. Kolmar in d. Jur. Zeitschr. f. d. Reichsl. Elf.-Lothr. 22, Nr. 43.
[66]) Scherer, Das rhein. Recht, Bd. I S. 240.

rechnung ergangenen Urteils (§ 274 a. F.), eines (in der Berufungsinstanz) unter Vorbehalt der Rechte des Beklagten ergangenen Urteils (§ 503 a. F.), eines Vorbehaltsurteils im Urkunden- und Wechselprozeß (§ 563 a. F.) und eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 655 a. F.) verpflichtet sei, dem Beklagten das von diesem auf Grund des Urteils Gezahlte oder Geleistete zu erstatten. Ob aber darüber hinaus dem Schuldner auch die durch die Vollstreckung verursachten Nachteile zu ersetzen waren, wurde von dem Gesetz absichtlich nicht gesagt. Die Kommission zur Beratung einer Zivilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund ging davon aus, daß die Regelung der Schadensersatzpflicht dem materiellen Rechte vorbehalten bleiben müsse [67]). Der Kommission kam es bei der Aufnahme der §§ 274, 503, 563 und 655 ZPO. a. F. nur darauf an, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, seinen Bereicherungsanspruch durch Inzidentantrag im anhängigen Verfahren geltend zu machen. Dementsprechend vertraten auch sowohl das Reichsgericht [68]) wie auch die Doktrin die Auffassung, daß die Frage der Schadensersatzpflicht nach dem jeweils anzuwendenden materiellen gemeinen, preußischen oder französischen Rechte zu beurteilen sei.

Fraglich erschien es, ob nicht zum mindesten in dem Falle, daß der Gläubiger Sicherheit leistete, ohne Rücksicht auf Verschulden gehaftet werde. Obwohl die Mehrheit des Schrifttums diesen Standpunkt der unbedingten Haftung unter der genannten Voraussetzung vertrat [69]), wurde er von dem Reichsgericht [70]) abgelehnt, und zwar mit Recht. Zutreffend führte das Reichsgericht aus, in dem Erbieten des Gläubigers, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten, sei eine Erklärung der freiwilligen Uebernahme der unbedingten Schadenshaftung nicht enthalten; die Sicherheit solle eine gesetzliche Verbindlichkeit sichern, nicht aber dem Gläubiger eine ihm nach dem Gesetze nicht obliegende Verbindlichkeit auferlegen.

Die Frage der Schadensersatzpflicht beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb, die der Gesetzgeber bei der Abfassung der Zivilprozeßordnung absichtlich übergangen hatte, wurde erneut anläßlich der Kodifikation des BGB. aufgerollt. Der erste Entwurf des BGB., der sich auf römisch-rechtlichem Boden bewegte, lehnte allerdings eine Neuregelung ab: „Ein Bedürfnis, die Entschädigungspflicht des Arrestnehmers — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen — besonders

---

[67]) Protokolle S. 1176.

[68]) RGZ. 7, 374; 11, 417; 13, 301; 26, 205.

[69]) Bolze in ZZP. 13, 288; Pauer, S. 8; Pfizer in ZZP. 13, 304 f.; Th. Wolff in Gruch. Bd. 38, 115 ff. und 302.

[70]) RGZ. 7, 381; 30, 422; ferner Tinsch in Seuff. Bl. Bd. 56 S. 23; Wilmowski-Levy, Anm. 3 zu § 644.

zu regeln, ist nicht anzuerkennen. Dasselbe gilt von der Schadensersatzpflicht des Klägers bei der Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil [71])." Erst in der Bundesratskommission entschied man sich für eine objektive Haftung im Sinne des deutschrechtlichen Veranlassungsprinzips und wandelte demgemäß die bloße Erstattungspflicht der §§ 274, 563, 655 ZPO. a. F. in eine unbedingte Schadensersatzpflicht um. Zur Begründung wurde angeführt, daß allein die unbedingte Haftung der Billigkeit entspreche und daß es auch nicht angängig sei, die Entscheidung über die Frage nach den Voraussetzungen der Haftung von der Tatsache der Sicherheitsleistung abhängig zu machen [72]). Vor allem waren es Unger, Rudolf Merkel und Gustav Rümelin, die mit ihren Schriften „Handeln auf eigene Gefahr", „Die Kollision rechtmäßiger Interessen" und „Die Gründe der Schadenszurechnung" den Erfolg erzielten, daß das Verschuldensprinzip des BGB. in einer ganzen Reihe von Fällen durchbrochen und durch eine Haftung ohne Verschulden ersetzt wurde. Es ist der Gedanke des Konflikts rechtmäßiger Interessen, auf den die drei Schriftsteller hinwiesen, und den sie für die Lehre der Schadenstragung nutzbar machten. Sie lehrten: Wenn die verschiedenen Interessen zweier Personen sich gegenüber ständen und das Interesse des einen sich schutzwürdiger erweise als das des anderen, so müsse zum gerechten Ausgleich an die dem einen gewährte Befugnis zum Handeln die unbedingte Schadensersatzpflicht geknüpft werden.

Die Entwicklung, die wir verfolgt haben, ist also die: Anfangs gingen die Meinungen darüber, ob das Verschuldens- oder das Veranlassungsprinzip Anwendung zu finden habe, auseinander. Ueberwiegend wurde aber das Verschuldensprinzip bejaht. Erst seit der Novelle von 1898 ist eine objektive Haftung im Sinne des Veranlassungsprinzips anerkannt, und zwar hat man sie folgerichtig nicht nur bei dem Arrest und dem vorläufig vollstreckbaren Urteil, sondern auch bei den Vorbehaltsurteilen der §§ 302 und 600 ZPO. eingeführt. Dies ist mit Recht geschehen; denn sämtliche Fälle sind ähnlich gelagert.

Darüber hinaus fragt es sich aber, ob der Gesetzgeber die objektive Haftung nicht noch weiter hätte ausdehnen müssen, ob nicht noch andere ähnlich gelagerte Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes vorhanden sind, die der Gesetzgeber nur nicht beachtet hat. Daß die Novellen von 1910 und 1924 für die Fälle der Aufhebung von Urteilen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die unbedingte Schadensersatzpflicht wieder beseitigt haben (§ 717 III ZPO.), kann

[71]) Motive Bd. II, 757.
[72]) Protokolle Bd. II, 160.

nicht ins Gewicht fallen[73]). Wenn die Veranlassungshaftung in den Fällen der §§ 302, 600, 717 II und 945 ZPO. auf einem allgemeingültigen Grundsatze beruht, so ist dieser Grundsatz durch die Novellen nicht schlechthin aufgehoben, sondern lediglich durchbrochen worden.

Literatur und Rechtsprechung zu der Frage einer analogen Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht.

§ 8.

Die Ansichten in der Literatur über die Frage, ob die in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. festgelegte unbedingte Haftung auch auf die anderen Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes auszudehnen ist, weichen sehr voneinander ab. Eine große Zahl der Schriftsteller und Kommentatoren, wie Hein, Falkmann, Rosenberg, Struckmann-Koch u. a.[74]), verneinen eine Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht schlechthin. Sie wollen in den Fällen, in denen das Gesetz nichts Besonderes sagt, gemäß den Bestimmungen des BGB. Schadensersatz nur bei vorliegendem Verschulden gewähren. Zur Begründung machen sie geltend, daß es sich bei den Vorschriften der §§ 302 IV. 600 II, 717 II und 945 ZPO. um Sonder- oder Ausnahmebestimmungen handele, die, weil es Sonderbestimmungen sind, einer analogen Anwendung nicht fähig seien.

Auch Stein hat früher diesen ablehnenden Standpunkt vertreten[75]). Jonas[76]) hat ihn jedoch in den neueren Auflagen des Kommentars fallen lassen. Er, ebenso wie Seuffert-Walsmann, Baumbach u. a.[77]), lassen eine analoge Anwendung in ganz bestimmten Fällen zu. Sie gehen zwar wie die anderen davon aus, daß es sich bei den genannten Bestimmungen um eine Sonderregelung handele, sind aber der Ansicht, daß diese Sonderregelung auf einem ganz bestimmten gesetzgeberischen Grunde beruhe und daher nicht eine einer analogen Ausdehnung schlechthin unfähige Regelwidrigkeit sei. Allerdings wollen auch sie die unbedingte Schadensersatzpflicht nur auf einige wenige Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungs-

[73]) Bis zu der Novelle von 1924 bezog sich § 717 III auf die Urteile der Oberlandesgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten „mit Ausnahme der Versäumnisurteile“. Durch die Novelle von 1924 wurden im § 708 Ziff. 7, auf den § 717 III verweist, die Worte „mit Ausnahme der Versäumnisurteile“ gestrichen.

[74]) Hein, S. 164, 170, 682; Falkmann, S. 462; Rosenberg, § 180 VI; Struckmann-Koch, Anm. 6 zu § 717; ferner Albrecht, S. 13; Kuttner (Nebenw.), S. 20; Syd-Busch-Krantz, Anm. 4 zu § 717.

[75]) Gaup-Stein, 11. Aufl., Anm. V zu § 717.

[76]) Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. VI zu § 717.

[77]) Seuffert-Walsmann, Anm. 3i zu § 717; Baumbach, Anm. 1 zu § 717; ferner Enneccerus, § 199, Schnitzler, S. 9.

betriebes ausgedehnt wissen, und zwar begründen sie dies damit, daß die meisten Fälle von denen, die im Gesetz geregelt sind, und auch unter sich allzu verschieden gelagert seien.

Die Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht wird demgemäß in folgenden Fällen fast übereinstimmend abgelehnt:

> Bei der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, wenn die Vollstreckung nach erhobener Vollstreckungsgegenklage für unzulässig erklärt wird (§ 767 ZPO.);
>
> bei der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das aufgehoben oder abgeändert wird, nachdem dem Vollstreckungsschuldner gegen die Versäumung einer Notfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt ist (§ 233 ZPO.), und
>
> bei der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, dessen Sachentscheidung nachträglich berichtigt wird (§ 319 ZPO.).

Die vorstehend aufgeführten Fälle weisen gegenüber denen, die in den §§ 302, 600, 717 II und 945 ZPO. enthalten sind, einen erheblichen grundsätzlichen Unterschied auf. Während der Vollstreckungsgläubiger in den vom Gesetz erwähnten Fällen mit der Aufhebung des Vollstreckungstitels stets rechnen muß, weil es sich um nur vorläufige oder noch anfechtbare Entscheidungen handelt, ist die Sachlage in den obigen Fällen eine andere. Entweder ist der Titel formell rechtskräftig und endgültig wie in den ersten beiden Fällen, oder die Aufhebung des Titels erfolgt wie bei der Berichtigung aus einem anderen Grunde, der als außergewöhnlich zu bezeichnen ist. Da die Analogie wesensgleiche Tatbestände voraussetzt, erscheint die andersartige Behandlung der obigen Fälle durchaus berechtigt.

Im Widerspruch hiermit steht es jedoch, wenn Baumbach[78]) in dem Falle der Vollstreckung aus einem Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt wird (§§ 578 ff. ZPO.), und in dem Falle der Vollstreckung aus einem Schiedsspruch, der nach eingeleiteter Aufhebungsklage wieder aufgehoben wird (§ 1041 ZPO.), die Analogie für zulässig erklärt. Denn auch hier handelt es sich um einen formell rechtskräftigen, endgültigen Titel, mit dessen Aufhebung der Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich nicht zu rechnen braucht. Eine Begründung für seine Ansicht gibt Baumbach nicht. Die ganze übrige Literatur, mit Ausnahme von Walsmann[79]), steht folgerichtig auf dem Standpunkt, daß auch in dem zuletztgenannten Falle eine unbedingte Schadensersatzpflicht nicht in Betracht komme.

---

[78]) Baumbach, Anm. 1 zu § 717 und „Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren" S. 174.

[79]) (Seuffert=)Walsmann, Anm. 2 b zu § 717.

Die Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht, die unabhängig ist von einem Verschulden, wird bei grundsätzlicher Bejahung der Analogie für zulässig gehalten:

In den Fällen der Vollstreckung aus rechtskräftigen Entscheidungen, die auf Erinnerung oder im Beschwerdeverfahren wieder aufgehoben werden. In Betracht kommen als derartige Entscheidungen vor allem der Kostenfestsetzungsbeschluß (§ 104 ZPO.) und das Kostenurteil (§ 99 III ZPO.)[80].

Weitere Fälle, für die allein Baumbach[81]) die unbedingte Schadensersatzpflicht ausdrücklich bejaht, sind:

Die Vollstreckung aus einem Urteil, das vor Rechtskraft der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs über dessen Höhe entschieden hat und durch die nachfolgende Aufhebung der Vorabentscheidung über den Grund hinfällig wird (§ 304 ZPO); sowie

die Vollstreckung aus einem Urteil, das vor Rechtskraft des eine prozeßhindernde Einrede zurückweisenden Zwischenurteils über den Anspruch selbst entschieden hat und durch die nachfolgende Aufhebung des Zwischenurteils hinfällig wird (§ 275 ZPO.).

Ob auch andere in diesen Fällen eine unbedingte Schadensersatzpflicht des Vollstreckenden annehmen würden, läßt sich nicht sagen. Das Schweigen zeigt, wie wenig erschöpfend die Frage der Analogie beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb in der bisherigen Literatur behandelt worden ist.

Viel Beachtung hat der Fall der wiederaufgehobenen oder mißbilligten Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gefunden. Stein-Jonas, Hein und Kaufmann[82]) lehnen die unbedingte Schadensersatzpflicht ausdrücklich ab, indem sie geltend machen, daß die Sachlage hier eine ganz andere sei als die in den §§ 302, 600, 717 II und 945 ZPO. Insbesondere in der Schrift von Stiewe „Ein Beitrag zur Schadensersatzlehre" wird diese Frage geprüft und dargelegt, daß es an der Gleichheit des Rechtsgrundes fehle und eine Analogie daher nicht in Betracht komme. Stiewe führt aus: Im Gegensatz zu der vorläufigen Vollstreckbarkeit, dem Arrest und der einstweiligen Verfügung sei die Einstellung kein außerordentlicher Rechtsbehelf; die Stellung des Gläubigers sei durchaus verschieden von der des Schuldners. Der Gläubiger befinde sich in der Offensive, der Schuldner dagegen in der Defensive. Es sei selbst-

[80]) Baumbach, Anm. 1b zu § 717; Seuffert-Walsmann, Anm. 3i zu § 717; Stein-Jonas, Anm. VI zu § 717.

[81]) Baumbach, Anm. 1b zu § 717; Seuffert-Walsmann, Anm. 3i zu § 717; Stein-Jonas, Anm. IV zu § 717.

[82]) Stein-Jonas, Anm. V zu § 717; Hein, S. 170; Kaufmann, S. 44.

verständlich und entspreche dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühl, wenn das Gesetz dem Schuldner die Befugnis einräume, gegen den Gläubiger, der auf Grund eines außerordentlichen Rechtsbehelfs gegen ihn vorgehe und zur Vollstreckung schreite, die Einstellung zu erwirken [83]).

Stiewe spricht von der Verteidigung des „Schuldners" „gegenüber einem außerordentlichen Rechtsbehelf" des Gläubigers. Stiewe klärt nicht auf, wie die Rechtslage ist, wenn die Vollstreckung auf Grund eines rechtskräftigen Titels erfolgen sollte oder gar ein Dritter die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt hat (§§ 771 III, 769 ZPO.).

Zwar bemerkt Falkmann [84]), daß der Dritte, dessen Widerspruchsklage sich als unbegründet erweise, für den durch die Zwangsvollstreckung dem Gläubiger zugefügten Schaden nur bei vorliegendem Verschulden hafte; da aber von Falkmann eine Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht auf die im Gesetz nicht geregelten Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes grundsätzlich abgelehnt wird, kann ja auch in diesem besonderen Falle seine Stellungnahme keine andere sein.

Für eine unbedingte Schadensersatzpflicht in dem Falle, daß die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nachträglich aufgehoben oder mißbilligt wird, ist schließlich allein R. Merkel [85]) eingetreten. Eine besondere Begründung gerade für diesen Fall gibt er allerdings nicht. Er beschränkt sich darauf, nachzuweisen, daß den im Gesetz geregelten Fällen ein bestimmter Rechtsgedanke zugrunde liege und eine Analogie daher zulässig sei [86]).

Im Gegensatz zu der Literatur, die wenigstens zu einem Teil eine analoge Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht auf einige der im Gesetz nicht geregelten Fälle zuläßt, lehnt die Rechtsprechung eine Analogie fast durchweg ab. Wiederholt hat das Reichsgericht in seinen Entscheidungen den Ausnahmecharakter der in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. enthaltenen Bestimmungen betont und ausgeführt, daß sie einen Rechtssatz, der analog anzuwenden wäre, nicht enthielten [87]).

So hat das Reichsgericht insbesondere für die Fälle, in denen die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung wieder aufgehoben oder mißbilligt wurde, die unbedingte Schadensersatzpflicht verneint [88]).

[83]) Aehnlich Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 73.
[84]) Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, S. 462.
[85]) R. Merkel, S. 134 Anm. 1.
[86]) R. Merkel S. 63 ff.
[87]) RG. JW. 1912, 201[28] u. a.
[88]) RG. Seuffert, Arch. 61, 206=JW. 1906, 89[11].

Eine sehr eingehende Entscheidung des Reichsgerichts [89]) liegt auch zu dem Falle vor, daß vollstreckt ist aus einem Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren wieder aufgehoben wird. Das Ergebnis ist hier das gleiche wie sonst. Wesentlich ist aber in dieser Entscheidung, daß sie nicht wie die anderen Urteile die Analogie schlechthin ablehnt, sondern nur mit der Begründung verneint, daß der zu behandelnde Fall von den im Gesetz geregelten Fällen völlig verschieden sei. Es wird ausgeführt, daß der Gesichtspunkt, der bei der Umwandlung der Erstattungspflicht in eine Schadensersatzpflicht für den Gesetzgeber maßgebend gewesen sei [90]), nicht zutreffe, da im Wiederaufnahmeverfahren nicht ein vorläufig vollstreckbarer, sondern ein rechtskräftiger Titel vorausgesetzt werde.

Die unteren Gerichte haben sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen [91]). Nur wenige Entscheidungen finden sich, in denen gesagt wird, daß die Ausnahmestellung der Schadensersatzbestimmungen nicht ausschließe, daß das Gesetz auf gleichgelagerte Fälle angewendet werde. So das Kammergericht in JW. 1928 S. 739 und das Landgericht Hamburg in OLG. 18, 45.

§ 9.

Eigene Stellungnahme. Zulässigkeit der analogen Anwendung der gesetzlichen Vorschriften.

Wir haben gesehen, daß die Bestimmungen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. von der Literatur und Rechtsprechung als Ausnahmebestimmungen bezeichnet werden und daß hieraus von vielen die Folgerung gezogen wird, eine analoge Anwendung sei nicht zulässig. Wir hätten also zu untersuchen, ob es sich wirklich um Ausnahmebestimmungen handelt, und ob eine etwaige Feststellung, daß es sich um Ausnahmebestimmungen handelt, zu irgendwelchen Folgerungen berechtigt. Hierzu ist aber zunächst erforderlich, daß wir uns darüber klar werden, was überhaupt eine Ausnahmebestimmung ist.

Wenn die Mehrheit erklärt, daß eine Ausnahmebestimmung nicht analog angewendet werden könne, andere aber sagen, daß auch im Falle der Ausnahmebestimmung eine Analogie in gewissem Umfange erlaubt sei [92]), so hat es nur den Anschein, als ob der Grundbegriff als solcher feststehe. In Wahrheit verstehen die Vertreter beider Ansichten unter dem Worte „Ausnahmebestimmung" etwas ganz Verschiedenes. Diejenigen, die die Analogie für zulässig erachten, be-

[89]) RGZ. 91, 201.
[90]) Vgl. Seite 39, Zeile 3 ff.; Seite 63, Zeile 11 ff.
[91]) OLG. 10, 404; Bad. Rechtspraxis (OLG. Karlsruhe) 1903, 73 u. a.
[92]) So insbesondere R. Schmidt in Jhr.-Jahrb. Bd. 72 S. 81.

zeichnen als Ausnahmebestimmung einen jeden Rechtssatz, der von der allgemeinen Regel abweicht. Die Mehrheit hingegen spricht von einer Ausnahmebestimmung überhaupt nur dann, wenn die Analogie unzulässig ist. Sie begründet zwar diese Unzulässigkeit gerade damit, daß es sich um eine Ausnahmebestimmung handele; zutreffender wäre es aber, wenn die Mehrheit erklärte: Weil die Analogie ausgeschlossen ist, handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung. Das, was sie als Folge bezeichnet, ist nach dieser Ansicht in Wirklichkeit dem Begriffe immanent.

Hieraus folgt für unsere Untersuchung, daß es nicht zweckmäßig ist, von dem Begriffe der Ausnahmebestimmung auszugehen, wenn wir uns nicht sogleich in der Frage der Zulässigkeit der Analogie festlegen wollen. Um eine sichere Grundlage für die nachfolgende Erörterung zu haben, nehmen wir besser den Begriff des regelwidrigen Rechts zum Ausgangspunkt. Man versteht hierunter das Recht, welches gegen die allgemeine Regel, d. h. gegen das das Gesetz als Grundsatz beherrschende Prinzip, verstößt. Die Römer nannten ius singulare: „Quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“ [93]). Auch sie sprachen also von dem ius singulare in dem Sinne des regelwidrigen Rechts [94]).

Die Analogie unterliegt, wenn es sich um regelwidriges Recht handelt, gewissen Beschränkungen, sie ist aber nicht schlechthin ausgeschlossen. Zwar hieß es in den Digesten: „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est procedendum ad consequentias“ [95]); dieser Satz konnte aber nur die Bedeutung haben und in dem Sinne gemeint sein, daß der singuläre Rechtssatz nicht zur allgemeinen Regel erweitert werden dürfe [96]). Denn die römischen Juristen selbst haben z. B. das senatus cosultum Vellejanum, das den Frauen Bürgschaften und Darlehnsaufnahmen untersagte [97]) und eine Rechtsvorschrift contra tenorem rationis war, auf andere Interzessionen ausgedehnt [98]).

Zutreffend wird die beschränkte Zulässigkeit der analogen Anwendung regelwidriger Rechtssätze auch für unser heutiges Recht bejaht [99]). Wollte man die Zulässigkeit der Analogie ablehnen, so würde man eine Fortentwicklung des Rechts überhaupt in Frage stellen.

---

[93]) L. 16, D. 1, 3.

[94]) Regelsberger, S. 51.

[95]) L. 14, D. 1, 3.

[96]) Jeß, im „Recht“ 1914, S. 84; Regelsberger, S. 51 ff.; Windscheid-Kipp, I, S. 123 f.; Zitelmann, S. 348.

[97]) L. 2 § 1 ad. S. C. Vell. 16, 1.

[98]) L. 2 § 5; L. 8 §§ 8, 9; L. 32 §§ 1, 2 ad. S. C. Vell. L. 32 § 2 de receptis 4, 8.

[99]) Vgl. RGZ. 87, 286 und 373.

Denn fast jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Regeln als regelwidriges Recht dar [100]).

Wenden wir uns der Frage zu, ob die Vorschriften der §§ 302, IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. einer analogen Anwendung fähig sind, so müssen wir zunächst erörtern, ob sie dem regelmäßigen oder dem regelwidrigen Rechte angehören, dann erst ist weiterhin zu untersuchen, ob sie etwa Ausnahmebestimmungen in dem Sinne sind, daß eine jede, also auch eine beschränkte analoge Anwendung ausgeschlossen erscheint. Dies wird nicht anzunehmen sein, wenn die Bestimmungen trotz der Abweichung von dem das Gesetz beherrschenden Prinzip auf allgemeineren Erwägungen beruhen.

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, daß jeder Eingriff in fremde Vermögensrechte zum Schadensersatze verpflichte, daß also die Verursachungshaftung das unserem Schadensersatzrecht zugrundeliegende Prinzip sei und damit die Regel bilde. Als hervorragendster Vertreter dieser Ansicht ist B i n d i n g zu nennen, der den Gedanken in seiner vor 1900 fertiggestellten Schrift „Die Normen und ihre Uebertretung“ niedergelegt hat [101]). Aus der Literatur nach 1900 kommt als entschiedenster Vertreter M a u c z k a in Betracht. Auch Mauczka stellt als Grundsatz auf, daß die Verletzung fremder Rechtsinteressen haftbar mache und nur ausnahmsweise eine Haftung entfalle [102]). Wollte man der Ansicht von Binding und Mauczka folgen, dann wären die uns interessierenden Bestimmungen nichts anderes als vom Gesetz besonders hervorgehobene Anwendungsfälle der Verursachungshaftung als eines allgemeinen Prinzips und, weil in ihnen lediglich dies Prinzip zum Ausdruck kommt, schon deshalb einer analogen Anwendung fähig.

Die herrschende Lehre nimmt demgegenüber an, daß grundsätzlich nur bei Verschulden gehaftet werde und die Bestimmungen, die Fälle einer Verursachungshaftung enthalten, eine Durchbrechung dieses Grundgedankens darstellen. Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen. Es ist schon oben gesagt, daß die Verschuldenshaftung im BGB. die Regel bildet. Was als Regel für das BGB. gilt, gilt auch für das gesamte Privatrecht. Den im BGB enthaltenen Grundsätzen kommt eine allgemeine Bedeutung zu. Wenn das BGB. [103]) und einzelne Nebengesetze wie z. B. das Kraftfahrzeuggesetz, das Luftverkehrsgesetz, das Haftpflichtgesetz u. a. Fälle einer Verursachungshaftung enthalten, so handelt es sich insoweit um regelwidriges Recht. Dies gilt auch hinsichtlich der Bestimmungen, die sich in der Zivilprozeßordnung be-

[100]) Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 123 f.
[101]) Binding, S. 472.
[102]) Mauczka, S. 14, 89 ff., 118 ff.
[103]) §§ 231, 833, 867, 904 BGB. u. a.

finden und eine Schadensersatzpflicht aussprechen. Da sie privatrechtlichen Inhalts sind[104]), gehören auch sie dem regelwidrigen Rechte an.

Die Untersuchung von Binding, die zu einem grundsätzlich anderen Ergebnis kommt, stammt aus der Zeit vor Einführung des BGB. Binding hat selbst erklärt, daß das BGB. grundsätzlich das Verschuldensprinzip bejahe[105]). Wenn er auch die Berechtigung hierfür nicht anerkennen konnte, so muß doch festgestellt werden, daß durch die tatsächliche Ausgestaltung des BGB. die Ausführungen Bindings durch das positive Recht überholt sind. Richtig ist an der Lehre Bindings, daß der Schadensersatzanspruch seiner Rechtsnatur nach derselbe ist, gleichgültig, ob er sich als Folge eines rechtmäßigen oder eines rechtswidrigen Verhaltens ergibt[106]).

Rudolf Schultz bejaht gleich Binding die einheitliche Rechtsnatur des Schadensersatzes[107]). Er lehrt, daß Schadensersatz immer dann zu leisten ist, wenn sich ein Schaden am falschen Ort ergibt[108]), wobei die Rechtsordnung nach der Billigkeit entscheiden soll, wann der Schaden nicht am richtigen Platze ist. Dem Verschulden mißt Schultz die Bedeutung bei, daß es einen Ausgleich stets als wünschenswert erscheinen läßt[109]). Das gleiche soll unter bestimmten Voraussetzungen auch in anderen Fällen gelten, so u. a. bei Handlungen, die von der Rechtsordnung im Interesse des Schädigers ausdrücklich zugelassen und deshalb rechtmäßig sind[110]). Folgt man dem Gedankengange von Schultz, so ist das Ergebnis, daß die Analogie zulässig ist.

Folgt man der herrschenden Lehre, so fragt es sich weiterhin, ob die Vorschriften, die wir als regelwidriges Recht feststellen, auch Ausnahmebestimmungen in dem Sinne sind, daß sie nur einzelne Tatbestände regeln wollen oder nicht. Gegen den Charakter als Ausnahmebestimmung spricht die Tatsache, daß mehrere ähnlich liegende Fälle im Gesetz die gleiche Regelung gefunden haben. Diese Regelung geht in allen Fällen dahin, daß die Haftung ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verschuldens angeknüpft wird an prozessuale Handlungen, denen nur vorläufige oder noch anfechtbare Vollstreckungstitel zugrundeliegen. Es liegt deshalb die Vermutung nahe, daß die Vorschriften, die an den ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb eine unbedingte Schadensersatzpflicht knüpfen, auf einer grundsätzlichen Erwägung beruhen.

Worin ist nun aber diese grundsätzliche Erwägung zu erblicken? Die Frage ist in der Literatur erörtert worden, indem man den Rechts-

[104]) Hellwig, Lehrb. § 1 IV.
[105]) Binding, S. 435, Anm.
[106]) Binding, S. 466.
[107]) Rud. Schultz, S. 91 ff. (Notwehr und Notstand im heutigen Recht).
[108]) Rud. Schultz, S. 98, 105.
[109]) Rud. Schultz, S. 108, 111.
[110]) Rud. Schultz, S. 109, 111.

grund der Haftung untersuchte. Schultz, der für alle Haftungsfälle einen gemeinsamen Rechtsgrund annimmt (nämlich: die Tatsache des Vorhandenseins eines Schadens am falschen Ort[111]), kommt hierbei zu dem gleichen Grundgedanken, wie der überwiegende Teil der Literatur, der mehrere Haftungsgründe anerkennt. Schulz erklärt, billigerweise könne ein Schaden nicht dem aufgebürdet werden, der eine von der Rechtsordnung zugelassene Schädigung nicht hindern dürfe, es müsse vielmehr der den Schaden tragen, der aus der Schädigung Vorteil gezogen habe[112]). Der Gedanke stimmt überein mit dem Gedanken derer, die in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. eine Gefährdungs- oder Gefahrhaftung erblicken. Denn auch sie kommen zu dem Ergebnis, daß es nur recht und billig sei, demjenigen, der (in seinem Interesse) von einem vorläufigen Rechtsbehelf Gebrauch macht, die mit der Vollstreckung verbundenen Gefahren aufzubürden.

Sieht man ab von den Lehren derjenigen, die nur einen Rechtsgrund anerkennen, so kann man in der Literatur hinsichtlich des Rechtsgrundes der Haftung beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb nicht weniger als vier Theorien unterscheiden:

a) die Theorie von der formalen Aufhebung des Titels;
b) die Theorie von der Widerrechtlichkeit der Vollstreckung;
c) die Gefährdungstheorie; und
d) die Theorie von der Zerbrechlichkeit des Vollstreckungstitels.

a)

Kuttner, der auf den Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung verzichtet, erblickt den Rechtsgrund der Haftung in der formalen Aufhebung des früheren Urteils[113]). Der Schadenersatzanspruch ist seiner Ansicht nach eine privatrechtliche Nebenwirkung der Urteilsaufhebung. Auch vom Reichsgericht ist diese Ansicht in einer früheren Entscheidung[114]) vertreten worden, es hat sie jedoch alsbald wieder aufgegeben. Zu Unrecht beruft sich Kuttner auf die Entscheidung in RGZ 58, S. 236. Hier wird nur ausgeführt, daß die Aufhebung der früheren Entscheidung in den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 Teil 2 ZPO. „Voraussetzung" der Schadensersatzpflicht sei, nicht wird die Ansicht aufrechterhalten, daß in der Aufhebung des Urteils auch der Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht zu erblicken sei. Der Fehler Kuttners, der in der zuletztgenannten Entscheidung des Reichsgerichts eine Rechtfertigung seiner Theorie sucht, ist, daß er den Unterschied zwischen

[111]) Rud. Schultz, S. 98, 105.
[112]) Rud. Schultz, S. 109, 111.
[113]) Kuttner, Nebenwirkungen S. 17 ff. und 29; Urteilswirkungen S. 21; ferner Albrecht, S. 10.
[114]) RG. JW. 1902, 254.

Voraussetzung und Rechtsgrund der Haftung verkennt. Dem Gesetz mag die Tatsache der Aufhebung des Urteils genügen, um einen Schadensersatzanspruch auszulösen, wir müssen aber nach einer Begründung suchen.

Kuttner gelangt auf Grund seiner Lehre zu unannehmbaren Ergebnissen. Er behauptet, daß es auf eine Handlung des Vollstreckungsgläubigers nicht ankomme, da dieser nach dem Gesetz auch für den Schaden aufkommen müsse, der durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden sei [115]). Seiner Meinung nach ist also ein Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners auch dann begründet, wenn der Vollstreckungsgläubiger vor Eintritt der Rechtskraft an eine Vollstreckung gar nicht dachte, der Vollstreckungsschuldner aber Sicherheit leistete, weil das Urteil von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde. Keinesfalls kann es im Sinne des Gesetzes liegen, den Vollstreckungsgläubiger haften zu lassen, solange er die Absicht, die Vollstreckung einzuleiten, nicht irgendwie zu erkennen gegeben hat. Allein die Aufhebung des Titels genügt nicht. Wenn auch ein Verschulden zur Begründung der Schadensersatzpflicht nicht erforderlich ist, so ist doch eine für den Schaden ursächliche Handlung des Ersatzpflichtigen unentbehrlich.

Weiterhin trifft aber auch die Lehre Kuttners gar nicht auf alle im Gesetz geregelten Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes zu. Der Arrestgläubiger haftet, wie wir gesehen haben, gemäß § 945 ZPO., Fall 1, auch dann, wenn sich die Arrestanordnung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, ohne daß eine Aufhebung derselben im Widerspruchsverfahren erfolgt zu sein braucht. Wollte man also die Aufhebung des Arrestes für die Fälle des § 945 ZPO., in denen die Aufhebung der Anordnung für die Entstehung der Schadensersatzpflicht Voraussetzung ist, als Rechtsgrund der Haftung bezeichnen, so würde immer noch ungeklärt bleiben, welches der Rechtsgrund der Haftung in den Fällen ist, in denen eine Aufhebung des Arrestes nicht erfolgt, dieser sich aber als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Daß der Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO. verschieden sein sollte, je nach dem, um welchen Teil der Bestimmung es sich handelt, ist nach dem Wortlaut des Paragraphen, der sämtliche Fälle einheitlich zusammenfaßt, ausgeschlossen.

b)

Die Mehrheit des Schrifttums, und zwar auch der Teil, der den Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung bejaht, steht auf dem Standpunkt, daß der Rechtsgrund der Haftung beim ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb in der Widerrechtlichkeit der Vollstreckung zu erblicken

[115]) Kuttner, Nebenwirkungen S. 19.

sei[116]). Doch schon darin, wie sich die Widerrechtlichkeit trotz der Prozeßordnungsmäßigkeit des Vollstreungsbetriebes erklären läßt, weichen die Ansichten sehr voneinander ab, was darauf zurückzuführen ist, daß die einzelnen von der Lehre des Vollstreckungsanspruchs und der Bedeutung des materiellen Anspruchs für diesen eine ganz verschiedene Auffassung haben.

Binder[117]), der die Lehre vom Rechtsschutzanspruch verwirft, sieht den materiellen Anspruch und den Vollstreckungsanspruch als eine Einheit an. Der Titel ist nach ihm ein Legitimationspapier, das für den Gläubiger und das Vollstreckungsorgan nur eine formelle Legitimation schafft. Besteht ein materieller Anspruch des Gläubigers nicht, so ist seiner Ansicht nach auch kein Vollstreckungsrecht, sondern nur eine Vollstreckungsmöglichkeit gegeben.

Ähnlich ich die Ansicht Langheinekens[118]). Er bejaht zwar den Rechtsschutzanspruch, erklärt aber, daß zum Vollstreckungsanspruch, der eine Unterart des Rechtsschutzanspruches sei, ein Rechtsschutzinteresse gehöre, und daß dieses Rechtsschutzinteresse fehle, falls der Titel nicht auf einem materiell begründeten Anspruch beruhe. In diesem Falle sei der Vollstreckungsanspruch nur als ein Scheinrecht aufzufassen.

Binder und Langheineken gelingt es zwar, für die Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes eine Begründung zu geben. Ihre Auffassungen lassen sich jedoch mit dem positiven Recht nicht in Einklang bringen. Würde der Gläubiger, dem durch ein unrichtiges Urteil entgegen der materiellen Rechtslage ein Anspruch zuerkannt worden ist, kein vollgültiges Recht zur Vollstreckung haben, dann müßte der Gegner das Geleistete unabhängig von dem Bestehen des Urteils, auch eines rechtskräftigen Urteils, unter allen Umständen zurückverlangen können. Dieses ist aber nicht der Fall; wenn ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, ist ein Erstattungsanspruch mit Rücksicht auf die Rechtskraft der Entscheidung ausgeschlossen. Also kann es sich auch bei der Vollstreckung nicht nur um eine bloße Vollstreckungsmöglichkeit oder um ein Scheinrecht des Gläubigers handeln.

Nach Geib[119]) ist der Vollstreckungsanspruch von dem privatrechtlichen Anspruch unabhängig. In dem Vollstreckungsbegehren sieht er eine „doppelte Aktion", nämlich ein Rechtsschutzbegehren gegenüber dem Staat und eine Geltendmachung der dem privatrechtlichen An-

[116]) O. Fischer S. 127; Geib S. 102 ff; Görres S. 370; Goldschmidt S. 3; Hellwig Syst. Bd. I, 668; Stein Grdfr. S. 18 ff; Struckmann-Koch zu § 717 u. a. Zusammenstellung der Literatur bei R. Schultz, Rechtsgang Bd. 1 S. 435 ff.

[117]) Binder S. 220, 237 ff.

[118]) Langheineken S. 164.

[119]) Geib S. 39, 67 ff., 105 ff.

spruch angeblich innewohnenden Erzwingbarkeit gegenüber dem Beklagten. Fehlt der materielle Anspruch, so soll das Rechtsschutzbegehren rechtmäßig und allein die Anspruchsbetätigung rechtswidrig sein. Da aber, wie er lehrt, die Anspruchsbetätigung in der Form des Rechtsschutzbegehrens erfolgt, so kommt Geib schließlich zu dem Ergebnis, daß die Vollstreckungshandlung des Gläubigers beim Fehlen des materiellen Anspruchs publizistisch rechtmäßig, privatrechtlich aber rechtswidrig sei.

Geibs Zweiteilung wird von der übrigen Literatur abgelehnt[120]). Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß die angebliche Anspruchsbetätigung eine reine Fiktion sei, da der Vollstreckungsantrag vom Schuldner nichts unmittelbar verlange, vielmehr nur eine Aufforderung an den Staat enthalte.

In dem Ergebnis stimmt mit Geibs Lehre Hellwig[121]) überein. Auch er geht davon aus, daß der Vollstreckungsanspruch nur durch den Titel, nicht aber durch den materiellen Anspruch bedingt sei. Fehlt der materielle Anspruch, so ist seiner Ansicht nach die Vollstreckung publizistisch rechtmäßig, privatrechtlich aber rechtswidrig.

Gegen die These, daß ein und dieselbe Handlung formal rechtmäßig, zugleich aber rechtswidrig sei, haben sich mit Recht vor allem Goldschmidt und Stein gewandt. Unsere Rechtsordnung ist eine Einheit, sie kann nicht zugleich bejahen und verneinen. Was erlaubt ist, kann nicht zugleich rechtswidrig sein[122]).

Nach Goldschmidt[123]) ist der Vollstreckungsanspruch ein inhaltlich konkretes Recht. Der Privatrechtsanspruch hat nach seiner Ansicht für den Vollstreckungsanspruch zum mindesten die Bedeutung einer materiellen causa, ja er soll sogar unmittelbar in formalrechtlichem Sinne Voraussetzung des Vollstreckungsanspruchs sein; der Titel hingegen soll auf den Vollstreckungsanspruch keine Wirkung ausüben, dessen Wirkung soll sich vielmehr in der Begründung einer unbedingten Vollstreckungspflicht für die Vollstreckungsorgane erschöpfen[124]). Goldschmidt sieht demgemäß die Lösung des „prozeßordnungsmäßigen, aber materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes" in folgendem: Der Gläubiger, dem ein materieller Anspruch nicht zusteht, hat auch bei Vorhandensein eines Vollstreckungstitels gegen den Staat keinen Vollstreckungsanspruch. Seine „Vollstreckung ist privatrechtlich widerrechtlich, weil sie

---

[120]) Stein, Grdfr. S. 2 u. a.

[121]) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 149, 491 f., Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 23—24.

[122]) O. Fischer S. 115; Goldschmidt S. 9; Kleinfeller S. 2; Laue S. 65 f.; Rosenberg § 176 III, 2; Stein Grdfr. S. 2; Werner S. 46 f. u. a.

[123]) Goldschmidt S. 25 f., 31.

[124]) Goldschmidt S. 37 ff.

publizistisch zwar formgerecht, aber unberechtigt ist. Rechtswidrig ist aber auch die Zwangsvollstreckung des Staates. Rechtsmäßig dagegen sind die Handlungen der Vollstreckungsorgane, die dem Vollstreckungsbefehl gegenüber zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet sind[125])."

Aus naheliegenden Gründen hat die Theorie Goldschmidts wenig Zustimmung gefunden[126]). Wenn die Zwangsvollstreckung des Staates widerrechtlich ist, so können dessen eigene Organe unmöglich trotzdem zur Ausführung des Vollstreckungsauftrages verpflichtet sein. Man denke nur an den Fall, daß die Vollstreckungsbehörden die Widerrechtlichkeit des staatlichen Vorgehens erkannt haben mögen! Wenn der Staat zur Vollstreckung gesetzlich verpflichtet und berechtigt ist, so muß auch die formgerechte Vornahme rechtmäßig sein.

Stein[127]) geht in ähnlicher Weise wie Hellwig davon aus, daß das Recht des Gläubigers auf die Vollstreckung und das Recht des Staates zur Vollstreckung auf dem Titel und nicht auf dem Anspruche beruhen. Er betont, daß der Titel nur ein Recht gegen den Staat gewähre. Wenn der materielle Anspruch fehlt, so handelt der Gläubiger seiner Ansicht nach dem Staate gegenüber rechtmäßig, dem Schuldner gegenüber aber rechtswidrig.

Daß ein und dieselbe Handlung zwei verschiedenen Personen gegenüber zwei verschiedene Wirkungen haben kann, ist an sich richtig und steht mit dem Vorhergesagten nicht im Widerspruch. Bedenklich erscheint aber die Lehre Steins deshalb, weil der Titel, der zunächst allerdings nur ein Recht gegen den Staat gewährt, in Wirklichkeit auch dem Schuldner gegenüber eine „prozessuale Situation" schafft[128]); er gibt nämlich dem Gläubiger einen Anspruch darauf, daß der Staat die Vollstreckung gegen den im Titel bezeichneten Schuldner vornimmt. Ist dies aber der Fall, so handelt der Gläubiger auch dem Schuldner gegenüber erlaubt, und die Schadenszufügung kann nicht, wie Stein lehrt, rechtswidrig sein[129]). Eine ausreichende Erklärung dafür, wie die behauptete Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes mit der Prozeßordnungsmäßigkeit zu vereinbaren wäre, läßt sich nicht finden.

Weiterhin kommt aber auch folgendes in Betracht: Würde die Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes den Rechtsgrund der Haftung bilden, so wäre Voraussetzung, daß das aufhebende Urteil im Falle des § 717 II ZPO. stets ein Sachurteil ist, damit der Widerspruch mit der Rechtsordnung erkennbar wird. Dies trifft aber, wie

---

125) Goldschmidt S. 74 ff.

126) R. Schultz, Rechtsgang Bd. 1, S. 453; Förster-Kann Anm. 4 zu § 717; Oertmann, Ziv.-Arch. Bd. 107, S. 241 ff.; Stein Grdfr. S. 3.

127) Stein Grdfr. S. 18 ff.; Komm. Anm. I, II, 2 zu § 717.

128) Kohler S. 62 ff.

129) Werner S. 59.

wir gesehen haben, nicht zu. Die Ersatzpflicht entsteht nach dem Gesetze auch dann, wenn die Aufhebung der Entscheidung aus prozessualen Gründen erfolgt, wenn ein bedingtes Endurteil ergeht oder der Rechtsstreit in die Vorinstanz zurückverwiesen wird. In allen diesen Fällen kann das erste Urteil der materiellen Rechtslage entsprochen haben, so daß die Vollstreckung des Gläubigers in Wirklichkeit gar nicht materiell rechtswidrig war. Einen derartigen Einwand des Vollstreckungsgläubigers, daß die Vollstreckung rechtsmäßig war, läßt aber auch die herrschende Lehre mit Recht nicht zu [130]).

Fernerhin ist nicht gesagt, daß die Sachentscheidung, die aufgehoben wird, stets unrichtig gewesen sein muß. Es ist möglich, daß beide Entscheidungen, das aufhebende und das aufgehobene Urteil, richtig sind, wenn nämlich das aufhebende Urteil auf neuen Tatsachen beruht; es ist aber auch möglich, daß das zweite Urteil infolge fehlerhafter Rechtsanwendung falsch und das erste Urteil richtig ist. Folgerichtig müßten die Verfechter der Theorie der Widerrechtlichkeit auch hier den Gegenbeweis gestatten, daß die Vollstreckung doch rechtmäßig war.

Der Einwand von Görres [131]), daß die rechtskräftige Entscheidung als Verkündigung objektiven Rechts aufzufassen sei, geht fehl, einmal weil eben das aufhebende Urteil kein Sachurteil zu sein braucht, und außerdem, weil die Schadensersatzpflicht nach dem Gesetz schon mit dem Erlaß des aufhebenden Urteils und nicht erst mit Eintritt der Rechtskraft zur Entstehung gelangt. Die materielle Rechtskraft kann nicht dafür maßgebend sein, ob die Vollstreckung objektiv rechtswidrig war; hierfür kommt es vielmehr allein auf den Widerspruch oder die Uebereinstimmung mit der materiellen Rechtslage an.

Mit Grund haben wir es vermieden, nur die materiell unbegründete Vollstreckung als ungerechtfertigt zu bezeichnen. In den Kommissionsberatungen [132]) und in der Begründung der Reichstagsvorlage [133]) wurde zwar ausdrücklich gesagt, daß eine Schadensersatzpflicht der Billigkeit entspreche, „wenn die Entscheidung, auf Grund deren die vorläufige Vollstreckung erfolgte, sich hinterher als sachlich unbegründet erweist", und das gleiche sollte gelten in dem Falle, daß der Widerspruch des Arrestschuldners für berechtigt erachtet wird, weil alsdann „feststehe, daß dieser in einer materiell unbegründeten Weise die Rechtssphäre des Schuldners verletzt habe". Es ist jedoch ein Fehler der herrschenden Lehre, wenn sie sich zu ihrer Rechtfertigung auf diese Äußerungen beruft. Die Gedanken, die vom Gesetzgeber da-

[130]) So auch RG J.W. 1906, 720; Seuff. A. 58, 203; RGZ. 64, 281; OLG. 6, 411.
[131]) Görres, S. 343.
[132]) Protokolle II, 160 (2916, 2930/31); Hahn-Mugdam, Bd. 8 S. 174 ff.
[133]) Hahn-Mugdam, Bd. 8 S. 146.

mals entwickelt wurden, sind stets nur unter Berücksichtigung dessen zu betrachten, daß zunächst eine Fassung des Gesetzes beantragt worden war, die von der endgültigen Fassung erheblich abwich[134]). Während es in dem heutigen § 717 II ZPO. lediglich auf die Tatsache der Aufhebung der früheren Entscheidung abgestellt ist, war anfangs als Eingangsformel des § 697 a vorgeschlagen worden: „Wird die auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels erfolgte Zwangsvollstreckung als ungerechtfertigt erkannt“[135]). Der Begriff „ungerechtfertigt“ war hierbei nicht erläutert, und so konnte ihn der Gesetzgeber in dem Sinne „sachlich unbegründet“ auffassen und auslegen. Nur hätte er beachten müssen, daß, als er den Wortlaut des Entwurfs änderte, auch eine Aenderung in der Sache eintrat. Es war unrichtig, wenn man in der Reichstagskommission, von den Beratungen des Bundesrats und der Begründung der Reichstagsvorlage ausgehend, erklärte, die „spätere Beseitigung des Urteils stelle die objektive Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das Vermögen des Schuldners fest“.

Der § 813 a[136]) sollte in ähnlicher Weise, wie es heute bei den §§ 302 IV und 600 II ZPO. der Fall ist, mit den Worten beginnen: „Wird ein vollzogener Arrest nach § 805 oder 806 II aufgehoben oder abgeändert oder fällt er weg, weil der Hauptanspruch als unbegründet erkannt wird“. Man hatte es dem Wortlaute nach in erster Linie auf den Fall abgestellt, daß dem Titel ein materieller Anspruch nicht zugrunde lag. Da man aber auch den Fall berücksichtigen wollte, daß der Arrest wegen Fehlens des Arrestgrundes oder ungenügender Glaubhaftmachung aufgehoben wurde, entschloß man sich, auch hier den Wortlaut des Entwurfs zu ändern. Nur fälschlicherweise sprach man noch weiterhin von einem materiell unbegründeten Eingriff.

Könnte man von einer Widerrechtlichkeit der Vollstreckung überhaupt reden, so müßte man W a l s m a n n[137]) Recht geben, der sagt, daß der Gedanke der Widerrechtlichkeit der Vollstreckung für die Entstehung der fraglichen Bestimmungen wohl legislatorisches Motiv gewesen, nicht aber Rechtsgrund der Haftung geworden sei. Das Verdienst B i n d i n g s ist es, nachgewiesen zu haben, daß die Rechtswidrigkeit nicht Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist. Auch rechtmäßige Handlungen können zu Schadensersatz verpflichten, z. B. § 904 BGB.[138]). Der Ansicht der herrschenden Lehre, daß die Widerrechtlichkeit der Vollstreckung den Rechtsgrund der Haftung bildet, kann nicht beigetreten werden.

---

[134]) Vgl. Arthur Rogge, S. 30.
[135]) Protokolle II, 160 (2916).
[136]) Protokolle II, 160 (2916).
[137]) Walsmann, ZZP. 41, 236 f.
[138]) Vgl. Anm. 106.

c)

Es ist die Frage aufgetaucht, ob nicht die Gefährdung als solche für den Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht von grundsätzlicher Bedeutung ist [139]. Außer der Zivilprozeßordnung enthalten auch andere Gesetze zahlreiche Bestimmungen, in denen an gewisse Handlungen eine Schadensersatzpflicht geknüpft ist, ohne daß ein Verschulden erfordert wird [140]. Die Haftung schließt sich also in diesen Fällen zunächst nur an die Tatsache der Verursachung an. Da aber andererseits die Verursachung allein in unserer heutigen Rechtsordnung keineswegs als allgemeiner Haftungsgrund allgemein anerkannt ist, bleibt die Frage offen, warum vom Gesetz in bestimmten Fällen an die Verursachung eines Schadens ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verschuldens eine Schadensersatzpflicht geknüpft ist. Wenn nicht der bloße ursächliche Zusammenhang eines Schadens mit irgendeiner Handlung ausreicht, müssen für die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs regelmäßig noch weitere Gründe maßgebend sein.

Unger [141] glaubt die Lösung des Problems zu finden, indem er die Frage aufwirft, auf wessen Gefahr das schuldlose Handeln stattfinden solle. Aus den Ergebnissen, die er gewinnt, leitet er ab, daß ein Billigkeitsprinzip des Inhalts bestehe: Eigenes Interesse — eigene Gefahr; fremdes Interesse — fremde Gefahr. Der Gedanke, „Wer das Interesse hat, trägt die Gefahr", findet sich in einigen noch älteren Schriften, wie z. B. in denen von Mataja [142] und Adolf Merkel [143]. Vor allem aber hat er — und das spricht für ihn — bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Verwendung gefunden; denn die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen wird in den Motiven allein damit begründet, daß dieser das Interesse habe und daher auch die Gefahr tragen müsse [144].

Zweifelhaft ist es, ob Unger selbst einen allgemeingültigen juristischen Grundsatz hat aufstellen wollen. Er spricht zwar einmal ausdrücklich von einem Prinzip, erklärt aber an einer anderen Stelle seiner Schrift „Handeln auf eigene Gefahr" [145], daß die Fälle, die er erörtert, nicht auf einen gemeinsamen inneren Grund zurückzuführen seien. Tatsächlich lassen auch seine eigenen Ausführungen das Bestehen

[139] Baumbach, Anm. 1 zu § 717; Förster-Kann, Anm. 4 zu § 717; (Seuffert-) Walsmann, Anm. 2 b zu § 717; Esche, S. 56 ff.; Laue, S. 68; Hein S. 125 f. und die im folgenden Genannten.

[140] Vgl. Seite 46, Zeile 35 ff.

[141] Unger, Handeln auf eigene Gefahr; ferner in Ihr.-Jahrb. 30, 363 ff. und 33, 299 ff.

[142] Mataja, S. 57 f.

[143] Adolf Merkel, § 665 Nr. 2 und § 680.

[144] Motive, Bd. II, 30.

[145] Unger, S. 128, 132.

des angeblichen Prinzips nicht immer deutlich genug erkennen. Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers gemäß §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. begründet Unger damit, daß der anormalen Hilfe und der erhöhten Gefahr eine anormale und erhöhte Haftung entsprechen müsse. Gewiß handelt es sich in den Fällen der vorläufigen Vollstreckbarkeit und insbesondere in dem Falle des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen um eine anormale Hilfe und um eine erhöhte Gefahr. Es ist aber, im Grunde genommen, gar nicht ersichtlich, warum Unger gerade diese Merkmale betont. Er hätte die Fälle ganz zwanglos dem von ihm aufgestellten Prinzip unterordnen können und folgerichtig dartun sollen, daß der Vollstreckungsgläubiger deshalb ohne Rücksicht auf ein Verschulden hafte, weil er die ihm vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Mittel zur Sicherung oder vorzeitigen Befriedigung seines Anspruchs in seinem eigenen Interesse benutzt. R. Merkel meint, daß Unger „mit dem Namen „Handeln auf eigene Gefahr“ den allgemeinen Gedanken, der die Fälle innerlich verknüpft, geradezu in der Hand hält“ [146]).

R. Merkel kommt zu ungefähr dem gleichen Ergebnis wie Unger, indem er als Grundsatz aufstellt, daß derjenige den Schaden zu tragen habe, in dessen Wirkungs- und Interessengebiet der Schaden eingetreten sei [147]). Besondere Beachtung gebührt aber seinen Darlegungen deshalb, weil er alle Fälle, in denen der „Gesichtspunkt der Kollision rechtmäßiger Interessen“ zutrifft, besonders zusammenfaßt und speziell für sie einen anderen engeren Gedanken abzweigt. Merkel erklärt, daß grundsätzlich niemand in eine fremde legitime Rechtssphäre eingreifen dürfe, daß aber, wenn das Interesse des einen das Interesse des anderen überwiege, gegen die Zuerkennung einer Entschädigung ein Eingriff zu gestatten sei [148]). Es ist dasselbe, was Unger, wenn auch nur für einen bestimmten Kreis der Fälle, ausführt: Oftmals bestehe ein schutzwürdiges und gerechtfertigtes Interesse, in die Rechtssphäre eines anderen einzugreifen, während dieser ein berechtigtes Interesse habe, den Eingriff abzuwehren, und, um die einander widerstrebenden Interessen auszugleichen, gewähre das Recht einerseits die Befugnis zum Eingriff, knüpfe jedoch andererseits daran zugleich die Verpflichtung, den aus der Ausübung derselben entstehenden Schaden zu tragen [149]). Merkel spricht von einem besonderen „Prinzip des aktiven Interesses“: „Derjenige, der sein Interesse zum Nachteil oder unter Gefährdung eines fremden Interesses geltend macht“ — oder wie sich Merkel auch ausdrückt — „der aktiv wird zur Wahrung

[146]) Rudolf Merkel, S. 164.
[147]) Rudolf Merkel, S. 167.
[148]) Rudolf Merkel, S. 57 ff.; ebenso: Adolf Merkel, §§ 665, 680, 683.
[149]) Unger, Jhr.-Jahrb. Band 30, S. 336.

seines, auf Kosten des fremden Interesses", der soll den daraus entstehenden Schaden ersetzen müssen [150]).

Die Sachlage, wie sie von Merkel vorausgesetzt wird, nämlich eine Kollision rechtmäßiger Interessen, liegt in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. vor. Trotz des begründeten Interesses des Schuldners an vollem Gehör und an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens wird dem Gläubiger ein vorzeitiger Eingriff in fremde Rechte erlaubt, weil sein Interesse an der Sicherung bzw. an der baldigen Durchsetzung des Anspruchs als überwiegend erscheint. Eine Eigentümlichkeit gegenüber allen anderen Fällen besteht nur darin, daß sich die Frage, ob durch die Rechtsverletzung ein Schadensersatzanspruch entstanden ist, erst dann entscheiden läßt, wenn das endgültige Ergebnis vorliegt. Wird der Titel, auf Grund dessen vollstreckt ist, durch das endgültige Ergebnis gebilligt, so steht dem Vollstreckungsschuldner ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Nur wenn der Titel mißbilligt wird und die Vollstreckung sich als ungerechtfertigt erweist, steht fest, daß dem Vollstreckungsschuldner ein Schadensersatzanspruch erwachsen ist. Da die Mißbilligung zur Zeit der Vollstreckung noch völlig ungewiß ist, kann man auch von einer Gefährdung fremder Rechte sprechen. Die Gefahr besteht in der Möglichkeit, daß sich die Rechtsverletzung später als eine Schadenszufügung herausstellt. Legt man Merkels Ausführungen zugrunde, so ist die Ersatzpflicht als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips zu erklären [151]).

Das gleiche gilt, wenn man Müller-Erzbach folgt. Müller-Erzbach geht davon aus, daß die Fälle der unbedingten Schadenshaftung in zwei große Gruppen zu teilen sind [152]). Die Fälle, in denen fremde Interessen einseitig im Interesse eines Dritten gefährdet werden — es sind ungefähr die, die Merkel als Kollisionsfälle hervorhebt —, faßt Müller-Erzbach unter dem Namen der „Gefährdungshaftung" als eine Gruppe zusammen [153]). Zu der anderen Gruppe der Interessenexponierung oder der Gefahrtragung rechnet er die Fälle, in denen der Handelnde seine eigenen Interessen gewissen Gefahren aussetzt. Jede Gruppe besitzt seiner Ansicht nach einen besonderen Haftungsgrund. So soll in der ersten Gruppe, zu der er mit Recht auch die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil und die Vollziehung eines Arrestes zählt, die objektiv erkennbare Gefährdung den Rechtsgrund der Haftung bilden [154]).

Müller-Erzbachs Ansicht kommt dem Standpunkte von Merkel zum mindesten nahe, was sich am deutlichsten darin zeigt, daß er gleich

150) Rudolf Merkel, S. 146 ff., 160 ff., 164.
151) Rudolf Merkel, S. 63.
152) Müller-Erzbach, S. 351 ff.
153) Müller-Erzbach, S. 360 ff.
154) Müller-Erzbach, S. 369, 379.

Merkel die Bedeutung des überwiegenden Interesses anerkennt und die Meinung vertritt, daß, um einen Ausgleich zu schaffen, derjenige haften müsse, der „im eigenen Interesse einen Gefährdungszustand hervorruft". Voraussetzung soll nur sein, daß die Gefahr vorher erkennbar gewesen ist [155]). Aber auch dies ist ein Erfordernis, das in gleicher Weise von Merkel aufgestellt wird [156]). Hat man sich zwischen den beiden Lehren zu entscheiden, so verdient die von Merkel den Vorzug, und zwar deshelb, weil sie nicht nur auf die Fälle der Gefährdung abstellt, sondern auch die Fälle der eigentlichen Rechtsverletzung berücksichtigt. Während Müller-Erzbach infolge der übermäßigen Betonung der Gefährdung den Fall des Notstandes (§ 904 BGB.) den anderen Fällen nur an die Seite stellen kann, lassen sie sich nach Merkel zwanglos alle unter einen Gesichtspunkt bringen [157]).

In einem unmittelbaren Gegensatz zu den bisher Genannten, die die unbedingte Schadensersatzpflicht auf allgemeinere Grundgedanken zurückführen, befindet sich Koch. Koch zählt zwar die Vorschriften der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. als Fälle der Gefährdungshaftung auf [158]), erklärt aber, daß sämtliche Bestimmungen, in denen das Gesetz eine unbedingte Schadensersatzpflicht feststellt, Einzelbestimmungen singulärer Art seien, womit gemeint ist, daß jede auf einem besonderen Rechtsgrunde beruht [159]). Auch in dem von ihm erörterten Satze „Erhöhte Gefahr — erhöhte Haftung" erblickt er kein allgemeines, der analogen Anwendung zugängliches Rechtsprinzip, sondern lediglich ein legislatorisches Motiv [160]). Auf Merkels Ansicht geht er kaum ein; nur in einer Anmerkung erklärt er, daß, wenn man jener Ansicht folgen wollte, „die Regelhaftung eine solche ohne Verschulden" sein würde.

In ähnlicher Weise äußert sich Max Rümelin, der in seiner Schrift „Gründe der Schadenszurechnung" zwischen der erlaubten Verletzung und der erlaubten Gefährdung fremder Rechtsinteressen unterscheidet. Er erkennt zwar die Gedankengänge von Merkel, insbesondere den der Interessenabwägung, als richtig an [161]), meint aber, daß die Gefährdungshaftung kein juristisches Prinzip, sondern lediglich eine Tendenz darstelle und eine Begrenzung durch eine positive Normierung im Gesetz erfordere [162]). Insbesondere verlangt er eine solche Nor-

[155]) Müller-Erzbach, S. 365, 369, 396 ff.
[156]) Merkel, S. 164.
[157]) Merkel, S. 57 f., 63.
[158]) Koch, S. 41 f.
[159]) Koch, S. 10.
[160]) Koch, S. 10, 47.
[161]) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 34 ff.; dgl. Schadensersatz ohne Verschulden, S. 26, 30.
[162]) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 54 ff.; dgl. Schadensersatz ohne Verschulden, S. 30.

mierung für das ungerechtfertigte Prozessieren und die ungerechtfertigte Selbsthilfe [163]). Sätze, wie die, daß „der die Gefahr trägt, der das Interesse hat", oder daß „jede aktive, mit Gefahren für Dritte verbundene freie Betätigung eigener Interessen zum Ersatze verpflichtet", lehnt Rümelin als zu allgemein und zu weitgehend ausdrücklich ab [164]).

Ob die Ablehnung mit dieser Begründung berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben. Wenn man mit Merkel von dem mehrfach erwähnten Gesichtspunkte der Kollision rechtmäßiger Interessen ausgeht, dann ergibt sich eine Begrenzung der Haftung von selbst. Wenn auf Seiten des Verletzten rechtmäßige Interessen vorausgesetzt werden, so scheiden alle die Fälle aus, in denen die verletzten Interessen von vornherein gar keinen Schutz genießen. Mit Recht hat man darauf hingewiesen, daß den Begründer eines Konkurrenzunternehmens, obwohl er fremde Interessen verletzt, allein wegen dieser Gründung unmöglich eine Schadensersatzpflicht treffen könne. Der Grund liegt eben darin, daß jene Interessen vom Gesetze nicht geschützt werden, sondern grundsätzlich Gewerbefreiheit gilt. Anders ist die Sachlage, wenn es sich um Eigentum oder um ein anderes subjektives Recht handelt; denn diese Rechte sind grundsätzlich unverletzlich. Der Einwand, daß die Veranlassungshaftung zur Regel werden könnte, erscheint nach dem Vorstehenden hinfällig. Die Regel bleibt die Verschuldenshaftung auch dann, wenn die unbedingte Schadensersatzpflicht wegen eines für bestimmt gelagerte Tatbestände geltenden Grundgedankens auszudehnen ist auf einige Fälle, die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich berücksichtigt hat.

Gegen Kochs und Rümelins Ansicht, daß die unbedingte Schadensersatzpflicht stets nur dann in Betracht komme, wenn eine positive Regelung vorliege, spricht entscheidend der Umstand, daß das Gesetz in so ziemlich allen Fällen, in denen es auf Grund eines überwiegenden Interesses einen Eingriff in eine fremde geschützte Rechtssphäre gestattet, die unbedingte Schadensersatzpflicht als Folge bestimmt [165]). Wenn daher auch innerhalb des Gebietes des Vollstreckungsrechts Lücken bestehen, so darf dies nicht dazu verleiten, anzunehmen, daß hier das Prinzip nicht gilt. Die einheitliche Regelung der Haftung in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. beweist, daß die Gleichheit innerhalb des Gebietes des Vollstreckungsrechts ebensowenig wie in allen anderen Fällen der Kollision rechtmäßiger Interessen nur auf einem Zufall beruht.

[163]) Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 38.
[164]) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 31, 55.
[165]) §§ 231, 833 ff., 867, 904 BGB.; § 26 GewO.; §§ 1, 2 RHaftpfl.G.; § 7 KraftfG. usw.

Dies erkennt offenbar auch Enneccerus an, der eine Mittelstellung zwischen Merkel auf der einen Seite und Koch und Rümelin auf der anderen Seite einnimmt. Enneccerus teilt sämtliche Fälle der unbedingten Schadensersatzpflicht in insgesamt fünf Gruppen ein, von der eine jede Gruppe seiner Ansicht nach auf einen besonderen Grundgedanken zurückzuführen ist [166]).

Zu der ersten Gruppe sollen gehören: Die Fälle des berechtigten Eingriffs in fremde Rechte wegen überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses, wie z. B. § 904 BGB., § 26 GewO.

Zu der zweiten Gruppe: Die Fälle der rechtmäßigen, aber gefahrdrohenden Handlungen und Gewerbe, wie z. B. § 833 BGB., §§ 1, 2 RHaftpflG., § 7 KraftfG.

Zu der dritten Gruppe: Die Fälle der Selbsthilfe oder Erwirkung provisorischer Gerichtshilfe, wie z. B. § 231 BGB., §§ 89, 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO.

Zu der vierten Gruppe: Die Fälle der Abgabe unrichtiger Willenserklärungen, wie z. B. §§ 118, 119, 120 in Verbindung mit § 122 BGB.

Zu der fünften Gruppe: Die Fälle der Haftung für Zufall in Vertragsverhältnissen, wie z. B. § 701 BGB.

Soweit der Grundgedanke einer jeden Gruppe reicht, soll eine Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht nach Enneccerus' Meinung zulässig sein.

Eine derartige Einteilung in Gruppen kann jedoch nicht befriedigen. Sie erscheint willkürlich. Mit nicht minderem Recht könnte man auch manche andere Einteilung wählen. So will beispielsweise Traeger, abweichend von Enneccerus, die erste und dritte bzw. die zweite und vierte Gruppe zusammengefaßt wissen [167]). Enneccerus gibt ausdrücklich zu, daß die von ihm in den ersten drei Gruppen aufgezählten Fälle in einer Beziehung übereinstimmen, daß es nämlich „Fälle der Geltendmachung des eigenen Interesses zum Nachteil oder unter Gefährdung eines fremden legitimen Interesses“ sind. Dennoch hält er es nicht für möglich, hieraus einen allgemeinen, alle drei Gruppen umfassenden Grundsatz abzuleiten. Er meint, daß stets noch einer der besonderen Haftungsgründe hinzukommen müsse: Die Verletzung fremden Rechts, die besondere Gefährlichkeit des Verhaltens bzw. die Geltendmachung durch Selbsthilfe oder provisorische Gerichtshilfe.

Stellt man die Ansichten von Koch und Enneccerus einander gegenüber, so verdient die von Koch den Vorzug. Wenn man schon den Standpunkt vertritt, daß sich die Fälle der unbedingten Schadens-

[166]) Enneccerus-Nipperdey, § 199.
[167]) Traeger, S. 296 ff.

ersatzpflicht unter einem Gesichtspunkt zusammenfassen lassen, ein allgemeingültiger Grundgedanke aber fehlt, so ist es nur folgerichtig, zu erklären, daß eine jede Bestimmung auf einem besonderen Rechtsgrunde beruht. Jede Zusammenfassung der Fälle in Untergruppen muß den Eindruck erwecken, als ob sie nur nach äußeren Gesichtspunkten vorgenommen sei.

Da wir aber auch schon Kochs Standpunkt abgelehnt haben, ist das Ergebnis, zu dem wir kommen, folgendes: Die unbedingte Schadensersatzpflicht in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. ist der Ausfluß eines allgemeinen Prinzips. Die dort enthaltenen Tatbestände sind „Fälle einer Kollision rechtmäßiger Interessen". Ein allgemeingültiger Grundsatz ist es, daß derjenige, der auf Grund eines überwiegenden Interesses in eine fremde geschützte Rechtssphäre eingreift, im Falle der Verletzung eines Rechtes den Schaden auch dann tragen muß, wenn ihn kein Verschulden trifft.

Der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre kann bestehen:

1. in einer vom Gesetz zugelassenen unmittelbaren Rechtsverletzung, wie im Falle des § 904 BGB.,
2. in einer nicht verbotenen Gefährdungshandlung, die zur Verletzung eines Rechtes führen kann, wie zum Beispiel beim Halten eines Kraftfahrzeuges, und
3. wie im Falle der Vollstreckung aus einem vorläufigen oder noch anfechtbaren Schuldtitel in einer Rechtsverletzung, die sich deshalb als Gefährdungshandlung darstellt, weil im Zeitpunkt der Rechtsverletzung noch nicht abzusehen ist, ob sich nicht die Rechtsverletzung später als eine Schadenszufügung herausstellt.

Zu der letzteren Art der Eingriffe gehört auch der Fall der Selbsthilfe. Die Fälle der ungerechtfertigten Vollstreckung und der Fall der unberechtigten Selbsthilfe sind nahe verwandt [168]). Es besteht zwar ein wesentlicher Unterschied insofern, als der unberechtigt Selbsthilfe Uebende rechtswidrig und der ungerechtfertigt Vollstreckende rechtmäßig handelt [169]); in beiden Fällen kommt aber eine unbedingte Schadensersatzpflicht in Betracht, und beide Male ist auch für den Gesetzgeber der Gedanke der Gefahrtragung maßgebend gewesen [170]). In ähnlicher Weise wie beim § 945 ZPO. entscheidet sich die Frage, ob die Selbsthilfe berechtigt oder unberechtigt gewesen ist, entweder in dem nach § 230 BGB. einzuleitenden Arrestverfahren, indem nämlich der Antrag auf Erlaß des Arrestes möglicherweise zurückgewiesen wird, oder in dem Verfahren über die Hauptsache, indem der angeb-

---

[168]) O. Fischer, S. 125; Goldschmidt, S. 2; Geib, S. 106; Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 13.

[169]) Laue, S. 64; Werner, S. 51 f.

[170]) Protokolle I, 244; II, 36.

liche Anspruch als von Anfang an nicht bestehend aberkannt wird, spätestens aber in einem nachfolgenden Schadensersatzverfahren.

d)

Die Theorie Oertmann's, die den Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht in den uns interessierenden Fällen in der Zerbrechlichkeit des Vollstreckungstitels erblickt[171]), erledigt sich nach den vorstehenden Ausführungen von selbst. Gewiß ist es richtig, daß der Arrest und das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur provisorische oder zerbrechliche Titel sind, mit deren Aufhebung man von vornherein rechnen muß. Da sich aber die Schadensersatzfälle einem allgemeinen Prinzip unterordnen lassen, erscheint es nicht erforderlich, den Rechtsgrund der Haftung allein aus der Natur des Vollstreckungstitels zu begründen. Wie wir gesehen haben, ist weniger die Natur des Vollstreckungstitels maßgebend, als die Tatsache, daß im überwiegenden Interesse des Vollstreckungsgläubigers Rechte des Schuldners gefährdet werden.

Werner, den man als einen Anhänger der Lehre Oertmanns bezeichnen muß, trägt dem in gewissem Sinne Rechnung. Er sagt, sowohl die Natur des Vollstreckungstitels als auch die durch sie bedingte Gefährdung bilden den Rechtsgrund der Haftung[172]). Unverständlich ist es jedoch, wenn Werner weiterhin erklärt, daß beide Momente von verschiedener rechtlicher Bedeutung seien, daß die Natur des Titels dafür maßgebend sei, daß der Gläubiger überhaupt hafte, die Gefährdung dafür, daß der Gläubiger ohne Rücksicht auf ein Verschulden für sein Handeln einzustehen habe. Werner meint, die Bezeichnung einer Haftung als Gefährdungshaftung gebe noch keineswegs den Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht an. Dem wäre zuzustimmen, wenn es allein auf die Bezeichnung ankäme; Werner übersieht, daß die Gefährdungshaftung auf einem bestimmten Rechtsgrundsatze beruht.

Viele Rechtslehrer und Kommentatoren begründen die Schadensersatzpflicht in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. schlechthin damit, daß sie sagen, mit der vorzeitigen Vollstreckung, insbesondere aber mit dem Arrest, seien besondere Gefahren verbunden, und mit diesen Gefahren müsse der Vollstreckungsgläubiger rechnen. Auf den von uns befürworteten Rechtsgrundsatz gehen sie nicht ein. Ja, sie sind sich noch nicht einmal einig, worin denn die Gefahr zu erblicken ist. M. E. besteht sie in der nahen Möglichkeit, daß sich die

[171]) (Hellwig-)Oertmann, System. Bd. II, S. 166, 178, 452, und JW. 1927, S. 1167 (Anm.).
[172]) Werner, S. 60 ff.

Zwangsvollstreckung nachträglich als eine Schadenszufügung im Rechtssinne herausstellt [173]), nicht aber nur darin, daß der der Vollstreckung zugrunde liegende Titel wieder aufgehoben wird. Denn mit der Aufhebung des Titels ist in diesem Falle fast immer ein Schaden verbunden.

Etwas ganz anderes ist es, wenn man sagt, der Gläubiger handle „auf eigene Gefahr". In diesem Zusammenhange bedeutet das Wort „Gefahr" soviel wie „Risiko", und die Protokolle reden nicht mit Unrecht von einer unbedingten Garantiepflicht, die der Vollstreckungsgläubiger für den dem Vollstreckungsschuldner entstehenden Schaden übernimmt.

In den Protokollen, auf die das Schrifttum vielfach Bezug nimmt, heißt es: „Die Uebernahme der Garantiepflicht durch den Vollstreckungsgläubiger entspreche der Billigkeit; denn der Schaden, der seinen Grund lediglich in der Beschränkung der Verteidigung des Schuldners habe, dürfe nicht dem Schuldner zur Last fallen, weil dieser sich die Beschränkung wider seinen Willen habe gefallen lassen müssen; er sei vielmehr vom Gläubiger zu tragen, weil dieser vom Vollstreckungsrechte Gebrauch gemacht habe, ohne den Erfolg der Verteidigung des Schuldners abzuwarten [174])." — Hier kommt es deutlich zum Ausdruck, daß sich der Gesetzgeber von denselben Gedanken hat leiten lassen, wie sie in dem von uns aufgestellten Rechtsgrundsatze enthalten sind. Für den Gesetzgeber ist bei Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht nicht nur der Gesichtspunkt maßgebend gewesen, daß der Vollstreckungsgläubiger rechtswidrig handelt, eine Ansicht, die wir schon oben als irrtümlich bezeichnet haben. Maßgebend war vielmehr auch der Gesichtspunkt, daß der Vollstreckungsgläubiger, der aus einem vorläufigen oder noch anfechtbaren Titel vollstreckt, nur auf Grund eines überwiegenden Interesses in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifen darf und aus diesem Grunde ein Ausgleich geschaffen werden muß.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts finden wir diesen Gedanken als einen allgemeingültigen Rechtsgrundsatz im Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. nicht erwähnt. Es ist dies keineswegs zu verwundern; denn das Reichsgericht steht ja bekanntlich auf dem Standpunkt, daß es sich bei den genannten Vorschriften um Ausnahmebestimmungen handele und daher eine Analogie unzulässig sei. Soweit das Reichsgericht überhaupt Veranlassung gefunden hat, zu dem Rechtsgrunde der Schadensersatzpflicht Stellung zu nehmen, hatte es gewöhnlich nur die weitere Frage zu entscheiden, ob die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften Anwendung finden oder nicht. Immerhin läßt sich aus den wenigen Zeilen, die sich mit dem Rechtsgrunde der Schadensersatzpflicht

[173]) So auch Hein, S. 125; Werner, S. 55 f.
[174]) Protokolle II, 160.

etwas ausführlicher beschäftigen, entnehmen, daß das Reichsgericht die Haftung des Vollstreckungsgläubigers in Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht als eine Gefährdungshaftung auffaßt [175]).

Viel wichtiger als diese Tatsache erscheint aber die Feststellung, daß das Reichsgericht den Rechtsgrundsatz: „Wer auf Grund eines überwiegenden Interesses in eine fremde geschützte Rechtssphäre eingreift, ist im Falle der Verletzung eines Rechts ohne Rücksicht auf ein Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet“ in Fällen außerhalb des Vollstreckungsrechts anerkennt und anwendet. Die bekanntesten Entscheidungen sind in RGZ Bd. 58, S. 130 und Bd. 100, S. 69 enthalten. Der ersten Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß eine Scheune durch Funkenpflug einer vorüberfahrenden Lokomotive in Brand geraten war und der Eigentümer der Scheune Schadensersatz verlangte. Das Reichsgericht führt hierzu aus: Da mit Rücksicht auf die Konzessionserteilung ein Anspruch des Eigentümers der Scheune auf Beseitigung der gefahrdrohenden Eisenbahnanlage (§ 907 BGB.) nicht gegeben sei, könne ein Ersatz nur in der Gewährung einer durch Verschuldensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gefunden werden. Wenn dies auch im BGB. nicht ausdrücklich als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen sei, so ergebe sich doch der hierauf gerichtete Wille des Gesetzgebers aus verschiedenen Einzelvorschriften: § 904 BGB., § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. 11. 1838 und § 26 Gewerbe-Ordn. Die Unzulässigkeit der unmittelbaren Anwendung dieser Gesetzesstellen hindere nicht, aus der mehrfachen Aeußerung desselben gesetzgeberischen Willens auf das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu schließen und diesen zur Ergänzung des BGB. zu verwenden.

In der zweiten Entscheidung (RGZ. 100, 69) war der Sachverhalt ein ähnlicher. Der Eigentümer eines Hausgrundstücks verlangte von einer Fliegerschule Ersatz des Schadens, den ein herabgestürztes Flugzeug angerichtet hatte. Auch hier führt das Reichsgericht aus: An sich würden die überflogenen Grundstücke durch die Höhenflüge gefährdet. Ein Verbietungsrecht des Eigentümers müßte aber zur Unterbindung des Luftverkehrs führen und daher habe bei dem Widerstreite der Interessen der Abwehranspruch des § 905 Satz 1 BGB. zurückzutreten. Allerdings müsse dem Eigentümer, dem aus besonderen Gründen die Befugnis entzogen sei, Störung seines Eigentums mittels Klage abzuwehren, als Ersatz hierfür auch ohne Nachweis eines Verschuldens ein Anspruch auf Erstattung des durch die Betriebsgefahren angerichteten Schadens zugestanden werden.

[175]) Insbesondere: RG. JW. 1906, 720, und RGZ. 91, 195; ferner RGZ. 58, 296; 74, 249; 104, 250, 113, 134, und Bayr. ObLG. in Seuffert-Arch. 58, 205.

Deutlicher als mit diesen Worten konnte das Reichsgericht die Richtigkeit und das Bestehen unseres Rechtsgrundsatzes gar nicht bestätigen. Unwesentlich ist es, daß es sich in den beiden Fällen um den Ausschluß der actio negatoria handelte. Wie aus § 867 BGB. und anderen Bestimmungen folgt, muß das gleiche überall da gelten, wo der eine im überwiegenden Interesse des anderen Eingriffe in seine Vermögensrechte zu dulden hat. Wolff sagt mit Recht, daß die §§ 867 BGB., 904 S. 2 BGB., 26 Gewerbe-Ordn. und § 1 des Telegraphenwegegesetzes nur Anwendungsfälle eines allgemeinen Rechtsprinzips seien [176]). Seine Aufzählung ist nur nicht vollständig. Auch die Fälle der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. gehören u. a. hierher.

Wir waren von der Frage ausgegangen, ob eine analoge Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht auf die im Gesetz nicht geregelten Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes zulässig ist oder nicht. Die Frage ist nunmehr bejahend zu beantworten: Die Analogie ist zulässig, ja, sie ist sogar notwendig, soweit nur der den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. zugrundeliegende Grundgedanke reicht. Natürlich müssen die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen. Die Tatbestände, auf die die unbedingte Schadensersatzpflicht ausgedehnt werden soll, und die, die im Gesetz geregelt sind, müssen ähnlich gelagert sein; auch muß es für eine andersartige Behandlung der Fälle an ausreichenden Gründen fehlen [177]). Ob und inwieweit diese Voraussetzungen vorliegen, wird im folgenden zu untersuchen sein.

§ 10.

Notwendigkeit der Analogie.

Die Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes, bei denen die Frage der Haftung im Gesetz keine Regelung gefunden hat, hatten wir in zwei Gruppen geordnet. Die eine Gruppe umfaßte die Fälle, in denen es sich wie beim Vorbehaltsurteil, dem vorläufig vollstreckbaren Urteil, dem Arrest und der einstweiligen Verfügung um eine Vollstreckung auf Grund eines anfechtbaren oder vorläufigen Vollstreckungstitels handelt. Die zweite Gruppe umfaßte demgegenüber die Fälle, in denen vollstreckt wird auf Grund eines Titels, der rechtskräftig und endgültig ist. Im Zusammenhang mit der zweiten Gruppe wurde der Fall der Berichtigung angeführt, in dem zwar ein noch anfechtbarer Vollstreckungstitel vorliegen mag, die Abänderung des Titels aber aus einem ganz ungewöhnlichen Grunde erfolgt.

---

[176]) Wolff, Sachenrecht § 52 II, 1 Anm. 9.
[177]) Stiewe S. 12.

Wie schon oben angedeutet, sind die Fälle der zweiten Gruppe denen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. nicht wesensgleich. Gewiß besteht auch in den Fällen der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil und der Vollstreckung aus einem rechtskräftig für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch die Möglichkeit, daß der Titel später aufgehoben wird. Diese Möglichkeit ist jedoch wegen der erschwerten Voraussetzungen, denen die Aufhebung unterliegt, eine so entfernte, daß von einer unmittelbaren Gefahr, die Vollstreckung könnte sich nachträglich als eine Schadenszufügung im Rechtssinne herausstellen, keine Rede sein kann. Nach Merkel und Müller-Erzbach ist, um aus einer Gefährdungshandlung eine Haftung herzuleiten, wesentlich, daß die Gefahr voraussehbar ist. An dieser Voraussehbarkeit fehlt es.

Da die Gefahr erkennbar sein muß, ist die Wesensgleichheit auch in dem Falle abzulehnen, daß vollstreckt wird aus einem Urteil, das der Berichtigung unterliegt. Ebenso wie der Vollstreckungsgläubiger sich darauf verlassen darf, daß das rechtskräftige Urteil bestehen bleibt, muß er sich grundsätzlich auch darauf verlassen können, daß das Urteil, aus dem er vollstreckt — sei es rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar —, nicht nachträglich berichtigt wird. Anders liegt der Fall, wenn der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß die besonderen Voraussetzungen der Berichtigung vorliegen. Alsdann handelt er aber schuldhaft.

Für den gutgläubig Vollstreckenden ist die Gefahr einer Schadenszufügung in den Fällen, in denen die Voraussetzungen der Vollstreckungsklage, der Wiederaufnahme des Verfahrens, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Aufhebungsklage (gegenüber einem Schiedsspruch) oder der Berichtigung vorliegen [178]), nicht voraussehbar. Es fehlt an der Wesensgleichheit dieser Fälle des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes mit den im Gesetz geregelten Fällen, und deshalb ist auch eine analoge Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht hier zu verneinen.

Bei dem Fall der Wiedereinsetzung ist allerdings zu betonen, daß dies nur gilt für die Vollstreckung aus Urteilen, bei denen die Notfrist zur Einlegung des Rechtsmittels schon abgelaufen ist; bei der Vollstreckung vor Ablauf der Rechtsmittelfrist liegt kein Grund vor, den Fall anders zu behandeln als sonst bei der Vollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Titeln.

Gehaftet wird in den vorstehend aufgeführten Fällen nur nach den Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen. Doch fragt es sich noch, welche dieser Bestimungen in Betracht kommt. Oben war es offen gelassen worden, ob die Vorschriften des § 823 Abs. I und II

[178]) §§ 767, 233, 578 ff., 1041, 319 ZPO.

BGB. Anwendung finden oder nicht, da diese ein rechtswidriges Verhalten voraussetzen. Nachdem aber inzwischen festgestellt worden ist, daß der Vollstreckungsgläubiger, der auf Grund eines gültigen Titels formgemäß vollstreckt, unter allen Umständen rechtmäßig handelt, scheiden die Bestimmungen des § 823 Abs. I und II BGB. für die Haftung des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes aus. Der Schadensersatzanspruch läßt sich lediglich auf § 826 BGB. stützen. Es müssen also die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung ist hiernach erforderlich. Es genügt nicht, daß der Vollstreckungsgläubiger bei der Vollstreckung die Unrichtigkeit des Titels kennt, sondern er muß auch wissen, daß der Titel mit den Rechtsbehelfen der Zivilprozeßordnung noch angreifbar ist, und daß dieser Angriff die Aufhebung des Titels zur Folge haben muß. Nehmen wir als Beispiel den Fall, daß der Vollstreckungsgläubiger einen rechtskräftig festgestellten Anspruch beitreiben läßt, obwohl dieser nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, aber noch vor Einleitung der Vollstreckung vom Schuldner durch Zahlung zum Erlöschen gebracht worden ist. Wer trotz Kenntnis dieses Sachverhalts die Vollstreckung betreibt, handelt wider die guten Sitten und ist daher gemäß § 826 BGB. schadensersatzpflichtig.

Während in den zuvorgenannten Fällen die Frage nach der Wesensgleichheit mit den im Gesetz geregelten Fällen zu verneinen war, ist die Frage nach der Wesensgleichheit in den übrigen Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes, nämlich in denen der ersten Gruppe, zu bejahen. Es kommen in Betracht:

Die Vollstreckung aus einem rechtskraftfähigen Beschlusse, insbesondere aus einem Kostenfestsetzungsbeschlusse, der auf Erinnerung oder in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wird [179];

die Vollstreckung aus einem Kostenurteil, das in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wird [180];

die Vollstreckung aus einem Urteil, das vor Rechtskraft der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs über dessen Höhe entschieden hat und durch die nachfolgende Aufhebung der Vorabentscheidung über den Grund hinfällig wird [181]; und

die Vollstreckung aus einem Urteil, das vor Rechtskraft des eine prozeßhindernde Einrede zurückweisenden Zwischenurteils über den Anspruch selbst entschieden hat und durch die nachfolgende Aufhebung des Zwischenurteils hinfällig wird [182].

In allen diesen Fällen vollstreckt der Gläubiger, ohne den Ausgang des Rechtsstreits abzuwarten, obwohl er mit der Möglichkeit rechnen

[179] bis [182]) §§ 104, 99 III, 304, 275 ZPO.

muß, daß der Titel auf Erinnerung oder in der Beschwerdeinstanz aufgehoben oder abgeändert oder durch die Aufhebung der Zwischenentscheidung hinfällig wird. Die Sachlage ist also ähnlich wie in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO.

Gegen die Analogie kann man sich nicht auf das Schweigen des Gesetzes berufen. In den Motiven und in den Protokollen ist über die Gründe nichts enthalten. Deshalb kann auch aus dem Schweigen des Gesetzes nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber die Absicht einer verschiedenartigen Behandlung der innerlich gleichgelagerten Fälle hatte. Bis zur Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht waren es vor allem die Streitfälle der ungerechtfertigten Vollstreckung aus dem Arrest und dem vorläufig vollstreckbaren Urteil gewesen, die in der Literatur behandelt worden waren und für die Praxis eine Regelung durch das Gesetz als wünschenswert erscheinen ließen. Sie gaben den Anstoß zu der Neuregelung durch die Novelle von 1898. Die Vorschriften, die bis dahin nur eine Pflicht zur Erstattung des Beigetriebenen anordneten, wurden abgeändert, und da eine solche Vorschrift auch für den Fall der ungerechtfertigten Vollstreckung aus einem Vorbehaltsurteil bestand, ergab es sich von selbst, daß auch dieser Fall mit einbezogen und in gleicher Weise wie die anderen geregelt wurde. Hierbei hätte sich jedoch der Gesetzgeber dessen bewußt werden müssen, daß er mit der Umwandlung ein ganz neues allgemeingültiges Prinzip einführte. Die alten Bestimmungen über die Erstattungspflicht waren prozessuale Vorschriften. Daß das zu Unrecht Beigetriebene herauszugeben war, war selbstverständlich und hätte keiner besonderen Regelung bedurft. Die alten Vorschriften gaben die Möglichkeit, den Erstattungsanspruch mittels Incidentantrages im anhängigen Verfahren geltend zu machen. Aus diesen prozessualen Vorschriften sind durch die Novelle von 1898 Vorschriften materiellrechtlichen Inhalts geworden; denn sie gewähren einen Schadensersatzanspruch, der bis dahin im materiellen Recht nicht ausdrücklich zugebilligt war. Dieser Schadensersatzanspruch beruht auf einem allgemeingültigen Grundgedanken. Diese Ueberlegung hat aber der Gesetzgeber nicht angestellt. Nicht zuletzt mag die Ursache hierfür gewesen sein, daß man sich erst in einem späten Stadium der Beratungen zu einer Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht entschloß und bei dieser Gelegenheit nicht das ganze System umbauen wollte. Noch der erste Entwurf zum BGB. lehnte es ab, in den umstrittenen Fällen der Vollstreckung aus einem Arrest und vorläufig vollstreckbaren Urteil eine Neuregelung zu treffen. Erst in der zweiten Kommission fand sich eine Mehrheit, die aus Billigkeitsgründen der objektiven Schadensersatzpflicht Geltung verschaffte [183]).

[183]) Vgl. Seite 37, Zeile 33 ff., Seite 38/39.

Man kommt zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß die Analogie in den zuvorgenannten Fällen bejaht werden muß. Der den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. zugrundeliegende Rechtsgedanke: „Wer auf Grund eines überwiegenden Interesses in eine fremde geschützte Rechtssphäre eingreift, ist im Falle der Verletzung eines Rechts ohne Rücksicht auf ein Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet“ trifft auch auf sie zu, und ein Grund, trotz dieses gemeinsamen allgemeingültigen Rechtsgedankens die im Gesetz nicht geregelten Fälle anders zu behandeln als die im Gesetz geregelten Fälle, ist nicht ersichtlich. Der Vollstreckungsgläubiger haftet ohne Rücksicht auf ein Verschulden auch dann, wenn der Titel, der die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildet (Urteil oder Beschluß), auf Erinnerung oder in der Beschwerdeinstanz aufgehoben oder abgeändert oder durch die Aufhebung der ihn bedingenden Zwischenentscheidung hinfällig wird.

Noch nicht entschieden ist die Frage der Zulässigkeit der Analogie in dem Falle, daß die Zwangsvollstreckung eingestellt ist und der die Einstellung anordnende Beschluß nachträglich aufgehoben oder durch die Entscheidung in der Sache selbst mißbilligt wird. Stiewe[184]) meint, eine Analogie zu den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. komme nicht in Betracht, denn es fehle an der Gleichheit des Rechtsgrundes; die Einstellung sei im Gegensatz zu der vorzeitigen Vollstreckung kein außerordentlicher Rechtsbehelf, die Stellung des Schuldners sei von der des Gläubigers durchaus verschieden.

Der Begriff „Außerordentlicher Rechtsbehelf“ ist von der Wissenschaft nicht besonders herausgearbeitet. Er kann wegen mangelnder Klärung nicht die Grundlage für irgendwelche Folgerungen bilden, und deshalb ist es auch unzweckmäßig, ihn zu verwenden. Wenn man aber mit ihm arbeitet, so ist nicht einzusehen, warum man den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht als außerordentlichen Rechtsbehelf bezeichnen sollte. Der Schuldner befindet sich im allgemeinen in der Stellung des Verteidigers, und insofern ist auch seine Stellung von der des Gläubigers verschieden; wie aber noch nachzuweisen sein wird, kann es hierauf nicht entscheidend ankommen. Wesentlich für die Analogie ist nur die Frage, ob die Einstellung der Zwangsvollstreckung für den Vollstreckungsgläubiger in der gleichen Weise Gefahren mit sich bringt wie die vorzeitige Zwangsvollstreckung für den Vollstreckungsschuldner. Die Frage ist ohne weiteres zu bejahen. Dem Gläubiger kann dadurch, daß er an der Vollstreckung gehindert wird, ein Schaden entstehen. Es handelt sich hier wie in allen anderen besprochenen Fällen um eine Kollision rechtmäßiger Interessen. Dem Gläubiger liegt an der schnellen Durchführung der Zwangsvollstreckung,

---

[184]) Stiewe S. 33 ff.

sein Interesse muß jedoch dem überwiegenden Interesse des Schuldners an der Einstellung weichen, und zum Ausgleich ist der Schuldner ohne Rücksicht auf ein Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet, vorausgesetzt, daß sich die Verhinderung der Vollstreckung als Schadenszufügung herausstellt.

Daß die Verteidigerstellung des Schuldners nicht entscheidend sein kann, ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß sich der Schuldner gar nicht immer in der Verteidigung befindet. Er ist oftmals wie z. B. in dem Falle des § 767 ZPO. der angreifende Teil, ebenso wie es der Dritte in dem Falle des § 771 ZPO. ist. Man wird zwar einwenden, daß die Widerspruchsklage und die Vollstreckungsgegenklage, da sie die Abwendung der Zwangsvollstreckung bezwecken, im Grunde genommen nichts anderes als Verteidigungsmaßnahmen seien; dem ist aber zu erwidern, daß es hier nur darauf ankommt, wie der Gesetzgeber das prozessuale Verhältnis der Parteien zueinander gestaltet hat, und der Gesetzgeber hat nun einmal bestimmt, daß der Schuldner und der Dritte ihre Rechte im Wege der Klage, d. h. also angriffsweise, geltend machen müssen.

Doch betrachten wir den Fall, daß sich der Schuldner tatsächlich in der Verteidigung befindet, und unterstellen wir, daß es stets so sei. Der Schuldner und der Dritte, die die Einstellung der Zwangsvollstreckung begehren, haben nach dem Gesetz die den Antrag begründenden Tatsachen nur in den Fällen der Einstellung gemäß §§ 769 und 771 ZPO. glaubhaft zu machen. In allen übrigen Fällen — es kommen vor allem in Betracht die Fälle der Einstellung gemäß §§ 707, 719 ZPO. — bedarf es einer Glaubhaftmachung nicht. Es genügt neben dem Antrage auf Einstellung der Zwangsvollstreckung die Einlegung des Rechtsmittels bzw. der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Voraussetzung der Anordnung. Liegen diese Voraussetzungen vor, so steht es im Ermessen des Gerichts, ob es dem Antrage stattgeben will oder nicht [185]). Der Schuldner befindet sich also prozessual dem Gläubiger gegenüber im Vorteil, weil er die Einstellung der Zwangsvollstreckung auf eine sehr einfache Art und Weise erlangen kann. Haftet aber der Gläubiger für eine ungerechtfertigte Vollstreckung unbedingt, so muß auch hier die Kehrseite sein, daß der Schuldner dem Gläubiger für die durch die Einstellung entstehenden Schäden ohne Rücksicht auf ein Verschulden haftet. Keineswegs ist immer der Gläubiger der Starke und der Schuldner der Schwache; gerade in der heutigen Zeit hat der Gläubiger meistenteils die größte Mühe, seinen berechtigten Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

[185]) Eine Einschränkung ergibt sich aus § 719 II ZPO.

Stiewe[186]) verweist auf das materielle Recht, wonach der Schuldner nur bei vorliegendem Verschulden in Verzug gerate, der Gläubiger hingegen bei bloßer Nichtannahme[187]). Er folgert aus dieser Regelung, daß, wenn auch der Gläubiger unbedingt hafte, dies nicht für den Schuldner gelten könne. Dieser Schluß ist jedoch verfehlt. In dem Falle der ungerechtfertigten Einstellung ergibt sich die unbedingte Haftung aus einem Gesichtspunkt, der bei dem Verzuge gar nicht in Betracht kommt, nämlich aus der Kollision rechtmäßiger Interessen.

Daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, den Gläubiger vor Nachteilen, die die Einstellung mit sich bringt, nach Möglichkeit zu bewahren, folgt aus den Bestimmungen über die Anordnung der Sicherheitsleistung. Der Gesetzgeber hat für die wesentlichsten Fälle, in denen es einer Glaubhaftmachung der den Einstellungsantrag begründenden Tatsachen nicht bedarf — §§ 707, 719 ZPO. —, bestimmt, daß die Einstellung nur gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden darf; in den anderen Fällen hat der Gesetzgeber die Entscheidung über die Sicherheitsleistung dem Ermessen des Gerichts überlassen. Es würde eine wenig wirksame Unterstützung der Absicht des Gesetzgebers sein, wenn man eine Haftung des Schuldners für die durch eine ungerechtfertigte Einstellung entstandenen Schäden nur im Falle des Verschuldens annehmen wollte, da der Gläubiger das Verschulden nachzuweisen hätte und dies für ihn im allgemeinen auf unüberwindliche Hindernisse stößt.

Wie vor dem Inkrafttreten der Novelle von 1898, so könnte auch heute für den Fall, daß Sicherheit geleistet ist, die Meinung vertreten werden, daß der Schuldner mit der Sicherheit unbedingt hafte, darüber hinaus aber nur bei Verschulden. Wir haben schon oben betont, daß dies eine unmögliche Lösung des Haftungsproblems ist[188]). Wenn man schon auf dem Standpunkte steht, daß eine Schadensersatzpflicht nur bei vorliegendem Verschulden eintritt, so müßte es auch im Falle der Sicherheitsleistung gelten. Die Voraussetzungen der Haftung können nicht von der Tatsache der Sicherheitsleistung abhängig sein; denn maßgebend wäre letzten Endes das Ermessen des Gerichts, das die Sicherheit anordnet. Die Sicherheit soll kein neues Schuldverhältnis begründen, sondern bestehende Ansprüche sichern[189]).

Dieselben Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, in den Fällen der §§ 302, 600, 717 II und 945 ZPO. die unbedingte Schadensersatzpflicht einzuführen, hätten Veranlassung sein müssen, das

[186]) Stiewe S. 34.
[187]) §§ 284/285, 293 BGB.
[188]) Vgl. Seite 38, Zeile 20 ff.
[189]) Stiewe S. 46 ff.; Falkmann S. 462; RG. J.W. 1906, 89 u. a.

Gleiche im Falle der Anordnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung zu tun. Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber eine von den übrigen Fällen abweichende Regelung beabsichtigt haben könnte, liegen nicht vor. Der Gesetzgeber ist sich vielmehr — wie oben ausgeführt — dessen nur nicht bewußt gewesen, von welcher großen Tragweite die Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht für das ganze Gebiet des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes war. Die Analogie erscheint daher auch hier nicht nur zulässig, sondern notwendig.

Das Ergebnis ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch von Bedeutung. Zwar wird der Schuldner, der die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt und später im Prozeß unterliegt, sich in den meisten Fällen im Verzuge befinden und schon aus diesem Grunde haften (§ 286 BGB.). Es ist aber denkbar, daß dem Gläubiger ein Schaden entsteht, der kein Verzugsschaden ist. Zum Beispiel: Der Gläubiger hat hinterlegt und zur Beschaffung der Hinterlegungssumme Aufwendungen machen müssen, oder der Gläubiger kommt mit der Rückzahlung der Hinterlegungssumme Dritten gegenüber in Verzug. Die Analogie ist insbesondere von Bedeutung in den Fällen, in denen nicht der Schuldner, sondern ein Dritter die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt. Nehmen wir einmal an, daß der Gläubiger in das einzige pfändbare Vermögensobjekt des Schuldners, das in einem Pferde besteht, vollstreckt, ein Dritter Widerspruchsklage erhebt und die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt; der Interventionsprozeß zieht sich einige Jahre hin, und das Pferd geht inzwischen zugrunde; bei dem Schuldner ist nichts zu holen. Oder folgender Fall: Der Gläubiger vollstreckt in eine Geldsumme; als die Widerspruchsklage zugunsten des Gläubigers entschieden ist und der Gläubiger das Geld ausgezahlt erhalten soll, ist es durch eine Inflation völlig entwertet; von dem Schuldner ist wiederum nichts zu erlangen. Während der Gläubiger nach der herrschenden Lehre nur einen nicht realisierbaren Anspruch gegen den Schuldner hat, kann er sich nach der hier entwickelten Ansicht wegen des erlittenen Schadens, der möglicherweise der Schuldsumme gleichkommt oder sie auch übersteigt, auch an den Dritten halten.

Ein Ausschluß der unbedingten Schadensersatzpflicht in ähnlicher Weise, wie ihn § 717 III ZPO. für die ungerechtfertigten Vollstreckungshandlungen aus Urteilen der Oberlandesgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bestimmt, kommt für die den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. analog zu behandelnden Fälle nicht in Betracht. Die Vorschrift des § 717 III ZPO. hat den Zweck, die Revisionen nach Möglichkeit einzuschränken. Diese rechtspolitische Absicht ist bei keiner der anderen Bestimmungen maßgebend gewesen. Deshalb kann auch die

Vorschrift des § 717 III ZPO. weder analog angewendet, noch aus ihr ein Argument gegen die analoge Anwendung der Bestimmungen über die unbedingte Schadensersatzpflicht gefolgert werden.

III. Hauptteil.

§ 11.

Umfang und Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Einwendungen. Verjährung.

Der Schadensersatzanspruch, der nach den §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. zu gewähren und auch in anderen Fällen des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes zuzuerkennen ist, ist materiell-rechtlicher Natur. Er hat in der Zivilprozeßordnung nur aus Zweckmäßigkeitsgründen Aufnahme gefunden. Sein Inhalt richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB. [190]). Hiernach ist in erster Linie der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hat der Gläubiger vollstreckt, oder hat der Vollstreckungsschuldner Sicherheit geleistet, so ist die empfangene Leistung zurückzugewähren, und nur, soweit die Wiederherstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Schuldners nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Vollstreckungsschuldner in Geld zu entschädigen. Der Ersatzanspruch umfaßt außer dem Beigetriebenen oder Geleisteten einschließlich der Prozeßkosten auch die Vollstreckungskosten sowie jede sonstige Aufwendung, den mittelbaren Schaden und den entgangenen Gewinn (Zinsen, Kreditschaden usw., § 252 BGB.) [191]).

Zweifelhaft ist es, ob im Falle des § 945 ZPO. zu dem zu ersetzenden Schaden auch die vom Gläubiger beigetriebenen Kosten eines Arrestprozesses gehören. Ist gegen einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung Widerspruch erhoben, so müssen dem unterliegenden Teil, wenn also der Arrest bestätigt wird, dem Arrestschuldner, die Kosten dieses Verfahrens durch Urteil auferlegt werden. Stellt sich dann später im Hauptprozeß heraus, daß die Entscheidung im Arrestprozeß zu Unrecht ergangen und der Arrest wegen Fehlens des materiellen Anspruchs von Anfang an ungerechtfertigt gewesen ist, so erhebt sich die Frage, ob die Schadensersatzpflicht des Gläubigers auch die erwähnten Kosten mit umfaßt. Viele verneinen einen Schadensersatz-

---

[190]) Herrsch. Meinung. A. A. nur Fraeb in ZZP. 54, 272.

[191]) Jur. Rundschau (K.-Ger.) 1927 Nr. 75; Stein-Jonas, Anm. II, 4 zu § 717; Bad Rechtspraxis 1906, S. 315.

anspruch des Schuldners hinsichtlich der Kosten [192]), indem sie geltend machen, die Arrestprozeßkostenentscheidung sei endgültig, denn sie könne im Gegensatz zu der Kostenentscheidung eines Vorbehaltsurteils und eines vorläufig vollstreckbaren Urteils nicht mehr abgeändert werden. Es ist richtig, daß die Arrestprozeßkostenentscheidung zunächst eine endgültige Rechtslage schafft. Dies schließt aber einen Rückforderungsanspruch des Schuldners unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes nicht aus. Da die formelle Aufhebung des Arrestes nicht erforderlich ist, um den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO. erfolgreich geltend zu machen, kann auch der Fortbestand der Kostenentscheidung nicht hindernd im Wege stehen. Aus der beinahe übereinstimmenden Fassung der Gesetzesbestimmungen über den ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb folgt, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, den Umfang der Haftung in allen Fällen der ungerechtfertigten Vollstreckung gleich zu gestalten. Der Einwand, den Kaufmann erhebt, daß der Arrestschuldner die Kosten, die ihm selbst erwachsen, ohnehin nicht erstattet verlangen könne, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Für die Frage, ob die eigenen Kosten erstattungsunfähig sind, kann selbstverständlich nur die Kostenentscheidung maßgebend sein. Soweit es sich aber um die beigetriebenen Kosten des Gegners handelt, kommen allein die Bestimmungen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. in Betracht. Das Ergebnis ist also, daß jeder Partei die eigenen Kosten zur Last fallen. Es mag auf den ersten Blick hin befremden, ist jedoch innerlich gerechtfertigt. Der Gläubiger muß seine Kosten tragen, weil der Arrest von Anfang an ungerechtfertigt gewesen ist, und der Schuldner muß die ihm erwachsenen Kosten auf sich nehmen, weil er den Arrestprozeß mit unzulänglichen Mitteln betrieben hat [193]).

Ob die Vollstreckung für den Gläubiger Erfolg gehabt hat, ist für die Frage der Schadensersatzpflicht unerheblich, und ebenso ist es gleichgültig, ob der Schaden durch die Vollstreckung selbst oder durch eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Nur muß es sich um eine Leistung handeln, die im Sinne der Zivilprozeßordnung tatsächlich der Abwendung der Zwangsvollstreckung dient, wie z. B. die Erfüllung, die Hinterlegung oder die Leistung einer sonstigen Sicherheit [194]). Der Ersatz des mittelbaren Schadens wird hierdurch nicht ausgeschlossen. Wer sich von einem anderen Geld beschafft, um es zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung hinterlegen zu können, der kann die Zinsen, die er dem anderen zahlt, in dem Falle, daß sich die Vollstreckungsandrohung als ungerechtfertigt erweist, vom Gläubiger ersetzt verlangen. Nicht erstattungsfähig ist

[192]) Kaufmann, S. 37 ff. u. a.

[193]) Vgl. RG. Gruch.=Beitrag 55, 1078; JW. 1911, 659; Sydow=Busch=Krantz, Anm. 4 zu § 945.

[194]) Rosenberg, § 180, 1 b.

aber der Schaden, der dadurch entsteht, daß der Schuldner die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens beantragt und sein Geschäft liquidiert. Denn diese Handlungen bezwecken nur die gleichmäßige Befriedigung aller nicht bevorrechtigten Gläubiger, nicht sind es Leistungen, die zugunsten des vollstreckenden Gläubigers erfolgen, mit dem Ziele, die Vollstreckung rechtlich unmöglich zu machen[195]).

Sehr umstritten ist die Frage, ob der Schuldner Geldstrafen ersetzt verlangen kann, die ihm gemäß §§ 888, 890 ZPO. auferlegt sind. Einige bejahen den Ersatzanspruch[196]), andere wie Stein-Jonas[197]) lehnen ihn ab mit der Begründung, daß die Geldstrafe ein Schaden sei, den sich der Schuldner durch die Zuwiderhandlung gegen das staatliche Urteil selbst zugefügt habe, und es daher an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Vollstreckungshandlung und dem eingetretenen Schaden fehle. Eine dritte Ansicht wird von Förster-Kann u. a. vertreten. Sie sprechen dem Schuldner den Ersatzanspruch im Falle des § 888 ZPO. zu, während sie ihn im Falle des § 890 ZPO. für unbegründet erklären[198]). Dieser dritten Ansicht ist zuzustimmen.

Im Falle des § 888 ZPO. handelt es sich nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung nicht um eine eigentliche Strafe, sondern um ein der Partei gewährtes Zwangsmittel, damit sie den ihr zuerkannten Anspruch gegen den Schuldner auf Vornahme einer Handlung wirksam durchsetzen kann[199]). Das Gericht setzt zwar die Strafe fest, und die Geldstrafe fällt der Staatskasse zu. die Vollstreckung bleibt aber dem Gläubiger überlassen. Mag also auch die Nichtvornahme der Handlung den Grund für die Straffestsetzung abgeben, der Schaden. der eintritt, ist jedenfalls eine unmittelbare Folge der von dem Gläubiger veranlaßten Zwangsvollstreckung. Die Rechtslage ist keine andere, wie wenn der Schuldner einem auf Zahlung einer Geldsumme lautenden Urteil nicht nachkommt und der Gläubiger das Geld zwangsweise wegnehmen läßt. Die Wegnahme steht in ursächlichem Zusammenhang mit dem Vollstreckungsauftrag, und die Nichterfüllung durch den Schuldner bildet nur den Grund dafür, daß überhaupt von der Zwangsvollstreckungsmaßnahme Gebrauch gemacht wird. Nach der herrschenden Lehre kann der Schuldner Erstattung der Geld-

---

195) RGZ. 131, 185 ff.

196) Görres. S. 376; Kuttner, Nebenwirkungen. S. 16; Werner, S. 66 u. a.

197) Stein-Jonas, Anm. II. 4 zu § 717: Rosenberg, § 221 VI.

198) Förster-Kann. Anm. 2 i zu § 888. Anm. 5 e zu § 890; Baumbach, Anm. B zu § 888. Anm. C zu § 890; Sydow-Busch-Krantz, Anm. 6 zu § 888, Anm. 2 a zu § 890.

199) Förster-Kann, Anm. 2 g zu § 888; Baumbach, Anm. 3 zu § 888; Sydow-Busch-Krantz, Anm. 6 zu § 888; Stein-Jonas, Anm. II zu § 888; Goldschmidt. Zivilprozeßrecht § 110, 3 b u. a.; RGZ. 77, 222. A. A. Rud. Schultz, JW. 1931, S. 3569, Anm. 12; Oertmann, JW. 1922, S. 1047 Anm. 1.

strafe auch von der Staatskasse beanspruchen, da sie ohne rechtlichen Grund in diese gelangt ist. Dieser Erstattungsanspruch schließt aber die Verpflichtung des Gläubigers, gegen Abtretung des Erstattungsanspruchs Schadensersatz zu leisten, nicht aus [200]).

Anders ist die Rechtslage im Falle des § 890 ZPO., wenn die Geldstrafe festgesetzt wird, weil der Schuldner der urteilsmäßig festgestellten Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, zuwidergehandelt hat. Hier tritt der Gesichtspunkt der Willensbeugung zurück hinter dem Gesichtspunkt, daß der Schuldner, der einem staatlichen Gebot zuwiderhandelt, ein Unrecht begeht, für das der Staat eine Sühne verlangen muß. Die Strafe ist eine echte Kriminalstrafe. Zu ihrer Festsetzung ist wie beim § 888 ZPO. ein Antrag des Gläubigers erforderlich, ihre Beitreibung erfolgt aber von Amts wegen. „Die Geldstrafe wird nicht unter der Verantwortung des Gläubigers, sondern in Ausübung der öffentlichen Gewalt als Folge der vom Schuldner begangenen Straftat vollstreckt“ [201]).

Was von der Geldstrafe gesagt ist, gilt in gleicher Weise von dem durch die Vollziehung einer Haftstrafe entstandenen Schaden. Nur wenn die Haftstrafe auf Grund des § 888 ZPO. festgesetzt ist, kann der Schuldner den erlittenen Schaden vom Gläubiger ersetzt verlangen.

Da der Schadensersatzanspruch materiellrechtlicher Natur ist, sind sämtliche materiellen Einwendungen und Einreden zulässig, wie insbesondere auch die Einrede der Aufrechnung [202]). Vor der Novelle von 1898 hat das Reichsgericht die Einrede der Aufrechnung nicht zugelassen mit der Begründung, es handle sich bei der Anordnung der Erstattungspflicht um eine prozessuale Maßregel, und einer prozessualen Maßregel könnten materielle Einwendungen nicht entgegengesetzt werden [203]). Diese Begründung trifft, wie gesagt, heute nicht mehr zu, und demgemäß hat auch das Reichsgericht in neueren Entscheidungen die Aufrechnungsmöglichkeit mit Rücksicht auf die veränderte Fassung der in Betracht kommenden Bestimmungen bejaht [204]). Der Hinweis einiger Oberlandesgerichtsentscheidungen [205]) darauf, daß durch die Novelle von 1898 ein wirksamerer Schutz für den Schuldner habe geschaffen werden sollen, der Schuldner aber im Falle der Bejahung der Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem früheren Zustande

---

[200]) JW. 1922, S. 1047.

[201]) RG. Seuff.-Arch. 75, S. 311.

[202]) Albrecht, S. 55; Baumbach, Anm. D zu § 717; Laue, S. 34; Rosenberg, § 180, 1 d; Schnitzler, S. 93 u. a.

[203]) RGZ. 34, 354.

[204]) RGZ. 76, 406; 103, 353.

[205]) OLG. 15, 274; 20, 328.

schlechter gestellt sei, genügt nicht, um eine der Vorschriften des 2. Buches des BGB. für unanwendbar zu erklären.

Grundsätzlich kann der Gläubiger auch mit der Klageforderung selbst aufrechnen, was vor allem dann in Betracht kommt, wenn das erstinstanzliche Urteil aus prozessualen Gründen aufgehoben wird [206]). Eine andere Frage ist die, ob die Aufrechnung mit der Klageforderung auch dann zulässig ist, wenn der Schadensersatzanspruch in demselben Verfahren verfolgt wird, in dem das Gericht eine Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Klageforderung abgelehnt hat. Die Erörterung setzt voraus, daß wir vorher prüfen, welche prozessualen Wege dem Schuldner zur Geltendmachung seines Schadensersatzanspruchs offen stehen; hierüber wird aber erst im nächsten Kapitel abzuhandeln sein, und daher ist auch die Erörterung der vorerwähnten Frage bis zu diesem Zeitpunkte zurückzustellen.

Gemindert oder ausgeschlossen wird der Schadensersatzanspruch des Schuldners, wenn ihn ein konkurrierendes Verschulden trifft und der Gläubiger sich hierauf beruft [207]). Die Einrede ergibt sich aus § 254 BGB. [208]). Bedenken daraus, daß es sich auf Seiten des Gläubigers um eine Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden handelt, sind nicht herzuleiten. Die Vorschrift des § 254 BGB. beschränkt sich ihrem Wortlaute nach keineswegs nur auf die Fälle der Haftung für Verschulden. Ein konkurrierendes Verschulden des Schuldners ist anzunehmen, wenn er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Gläubiger auf eine diesem unbekannte Gefahr eines außergewöhnlichen Schadens aufmerksam zu machen [209]) oder den Schaden durch Erinnerung gemäß § 766 ZPO. abzuwenden oder von sonstigen ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfen, wie z. B. von dem der Einstellung gemäß § 719 ZPO., Gebrauch zu machen [210]). Ob im einzelnen Falle die Voraussetzungen vorliegen, wird allerdings stets einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen. Wenn dem Schuldner die Hinterlegung gemäß § 713 II ZPO. nachgelassen ist, kann man nicht ohne weiteres sagen, daß er von diesem Rechte Gebrauch machen muß und durch die Unterlassung unter allen Umständen eine Schuld auf sich ladet. Von einem schuldhaften Verhalten kann nur die Rede sein, wenn er zur Hinterlegung auch tatsächlich imstande war [211]).

Bestritten ist, ob auch das Nichterscheinen im Termin und das nachlässige oder vorsätzliche Nichtvorbringen von Verteidigungsmitteln

---

206) Vgl. Anm. 202.
207) Anderer Ansicht nur Wach, DJZ. 1898, S. 66 f., und Raydt, S. 43 ff.
208) Enneccerus-Lehmann, § 16, 5, u. a. nehmen an, es handle sich um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung.
209) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906, S. 15.
210) RG. Gruch.-Beitr. 58, 916; Rosenberg, § 180, 1 d.
211) Vgl. Schnitzler, S. 35.

ein konkurrierendes Verschulden begründet. Es wird geltend gemacht, daß die Verteidigung keine Pflicht sei, und daß es daher an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Nichterscheinen und dem Nichtgebrauch der Verteidigungsmittel einerseits und dem eingetretenen Schaden andererseits fehle. Man sagt: Das Verhalten des Ersatzberechtigten sei zwar mit ursächlich für das Entstehen des Vollstreckungstitels, die Vollstreckung und der Schaden seien aber einzig und allein auf den freien Entschluß des Ersatzverpflichteten zurückzuführen[212]). Richtig ist es, daß eine Rechtspflicht zur Verteidigung nicht besteht; dies hat aber nur zur Folge, daß derjenige, der die ihm bekannten Verteidigungsmittel zurückhält, sich nicht schadensersatzpflichtig macht. Wohl treffen ihn Rechtsnachteile anderer Art. Dem die Zivilprozeßordnung beherrschenden Grundsatz des Parteibetriebes ist zu entnehmen, daß die Partei ihre Einwendungen rechtzeitig vorzubringen hat; tut sie es nicht, so können ihre Verteidigungsmittel zurückgewiesen werden[213]). Um nichts anderes als um einen solchen Rechtsnachteil handelt es sich auch dann, wenn der Vollstreckungsgläubiger unter Berufung auf § 254 BGB. geltend macht, der Schuldner habe den Prozeß lässig geführt und somit seine Verurteilung und die im Anschluß daran vorgenommene Vollstreckung schuldhaft mit verursacht. Der ursächliche Zusammenhang ist zu bejahen. Die Vollstreckung beruht auf einem freien Entschluß des Gläubigers, sie ist aber wie die Verurteilung auch eine Folge dessen, daß sich der Schuldner in der angegebenen Weise verhalten hat. Nach der in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannten Theorie der adäquaten Verursachung kommt es nur darauf an, ob die Bedingung ihrer allgemeinen Natur nach (generell) geeignet ist, den Schaden herbeizuführen. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner seine Verteidigungsmittel zurückhält, um sie erst später vorzubringen. Die Handlung des Vollstreckungsgläubigers, die noch hinzukommen muß, ist kein Ereignis, das sich als eine nicht von vornherein zu erwartende, aus jeglicher Lebenserfahrung heraustretende eigenartige Verkettung von Umständen darstellt[214]).

Werner[215]), der in dem vorhergehenden Falle den Einwand des konkurrierenden Verschuldens zuläßt, verneint die Zulässigkeit dieser Einrede, wenn der Schuldner den Termin versäumt hat. Zugegeben ist, daß in der Anwendung des § 254 BGB. gerade hier besondere Vorsicht geboten ist, weil eben eine Pflicht zum Erscheinen nicht besteht. Es kann aber grundsätzlich keinen Unterschied machen,

---

[212]) Albrecht, S. 48; Cohn, in Gruch.-Beitr. 43, 413 f.; Esche, S. 105 ff.; Arthur Rogge, S. 82. u. a.

[213]) §§ 279, 283 II, 529 II ZPO.

[214]) JW. 1930 168 [4]; Mörnecke, S. 30; Laue. S. 28 f.; Werner, S. 72 f. u. a.

[215]) Werner, S. 74.

ob der Schuldner in dem Termin überhaupt nicht erscheint, oder ob er zwar auftritt, aber seine Verteidigungsmittel nicht vorbringt. Die Versäumung eines Termins kann ein konkurrierendes Verschulden begründen [216]).

Wie der Schadensersatzanspruch, so ist auch der Bereicherungsanspruch nach § 717 III ZPO. materiellrechtlicher Natur. Für seinen Umfang sind die Vorschriften der §§ 818 ff. BGB. maßgebend. Materielle Einwendungen sind zulässig, wie insbesondere die Einrede der Aufrechnung [217]). Abwegig ist die Ansicht des Reichsgerichts, das im 103. Bande der amtlichen Sammlung erklärt hat, es handle sich im § 717 Abs. III ZPO. um dieselbe prozessuale Vorschrift, wie sie im § 655 ZPO. a. F. enthalten gewesen sei [218]). Der § 717 III ZPO. ist keine Fortsetzung der alten Bestimmung. Die Fassung des Gesetzes läßt gar keinen Zweifel zu. Wenn es dort heißt: „Die Erstattungspflicht des Klägers bestimmt sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung", so verweist die Vorschrift unmittelbar auf das materielle Recht, also muß sie auch materiellrechtlichen Inhalts sein.

Die Zivilprozeßordnung spricht sich in den meisten Fällen für einen Schadensersatzanspruch und nur in einem Falle für einen Bereicherungsanspruch aus; dies hindert jedoch nicht, daß ein Bereicherungsanspruch auch an Stelle des Schadensersatzanspruches geltend gemacht werden kann [219]). Es hätte schon einer positivrechtlichen Regelung bedurft, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB. auszuschließen. Der Bereicherungsanspruch wird oft der einzige Weg für den Schuldner sein, um das Gezahlte oder Beigetriebene zurückzuerhalten, so nämlich dann, wenn er einen Schadensersatzanspruch wegen überwiegenden eigenen Verschuldens gemäß § 254 BGB. nicht hat.

Ein besonderes Problem bildet die Frage der Verjährung. Für den Bereicherungsanspruch gilt unstreitig die 30jährige Frist des § 195 BGB. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs fragt es sich aber, ob nicht die 3jährige Frist aus § 852 BGB. in Betracht kommt. Das Reichsgericht nimmt dies in ständiger Rechtsprechung an [220]),

---

[216]) So auch JW. 1930, 168 [4]; Laue, S. 29 f.; Rosenberg, S. 180, 1 d.

[217]) Rosenberg, § 180, 2; Stein=Jonas, Anm. V, 2 zu § 717 u. a.

[218]) RGZ. 103, 352; ebenso OLG. 26, 344.

[219]) Hahn=Mugdan, Materialien, Bd. 8, 393; Görres, S. 382; Laue, S. 43; Falkmann, S. 59; Schnitzler, S. 24 f. u. a. A. A. Albrecht S. 34 f.; Stein=Jonas, Anm. II, 4 zu § 717.

[220]) RGZ. 74, 249; 104, 250; 106, 289; 113, 134; JW. 1926, 1603 [15]; Warneyer 1927, S. 222.

indem es geltend macht, es handle sich in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO. um eine unerlaubte Handlung im weiteren Sinne; denn der Begriff der unerlaubten Handlung setze nicht notwendig ein Verschulden voraus. Auch in dem Schrifttum wird diese Ansicht vielfach vertreten, und zwar insbesondere von denen, die die ungerechtfertigte Vollstreckung für objektiv rechtswidrig halten [221]). Andere, wie z. B. Rosenberg, wenden die Vorschrift des § 852 BGB. nur entsprechend an [222]), und eine weitere Lehre [223]) lehnt die Anwendbarkeit des § 852 BGB. schlechterdings ab. Der letzteren Ansicht ist zuzustimmen. Der Begriff der unerlaubten Handlung setzt nicht ein „verschuldetes Unrecht" voraus [224]); es ist aber mit dem Kommentar der Reichsgerichtsräte [225]) als Begriffsmerkmal eine objektive Rechtswidrigkeit zu fordern. Wenn der Kommentar der Reichsgerichtsräte die nicht schuldhaften, zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen trotzdem als unerlaubte Handlungen auffaßt, so ist dies darauf zurückzuführen, daß er in jenen Tatbeständen irrtümlicherweise einen rechtswidrigen Eingriff erblickt. Wie festgestellt, sind die ungerechtfertigten Vollstreckungshandlungen rechtmäßig, und daher entfällt für sie auch der Begriff der unerlaubten Handlung. Es fehlt nicht an Stimmen, nach denen die unerlaubte Handlung weder ein Verschulden noch eine objektive Rechtswidrigkeit voraussetzt [226]). Dieser Ansicht ist jedoch entschieden zu widersprechen. Allein die Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht kann nicht entscheidend sein, da anderenfalls auch die zum Schadensersatz verpflichtenden Vertragsverletzungen als „unerlaubte Handlungen" aufzufassen wären. Wenn man von „unerlaubten Handlungen im weiteren Sinne" spricht, rechnet man hierhin diejenigen Fälle der Gefährdungshaftung, die im BGB. unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen" mit aufgeführt sind; dies sind jedoch alles Fälle, in denen anders als bei der Vollstreckung die Verletzung des fremden Rechts eines jeden Rechtfertigungsgrundes entbehrt.

Hält man die Vorschrift des § 852 BGB. für unmittelbar oder entsprechend anwendbar, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Entstehung des Anspruchs, d. h. also mit der Aufhebung des Titels. Die Bestimmung des Gesetzes, wonach die 3jährige Frist nicht beginnen

---

[221]) Kaufmann, S. 41 f;. Hein, S. 165 und 681.

[222]) Rosenberg, § 180, 1 f; Oertmann in JW. 1927, S. 1367, zur Entscheidung Nr. 19 u. a.

[223]) Görres, S. 377; Seuffert, 11. Aufl., Anm. 1 zu § 945; Werner, S. 50; Bayer. ObLG. in Seuff.-Arch. 58, 205.

[224]) So RGZ. 60, 304, im Gegensatz zu RGZ. 50, 408. A. A. Enneccerus-Lehmann, § 226. Anm. 1; Raydt, S. 54/55.

[225]) Komm. v. RGR., Vorbemerkungen 1 zu § 823.

[226]) Möller, in Seuff.-Bl. 65, 375.

soll, bevor der Ersatzberechtigte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis hat, würde in dem vorliegenden Falle nicht praktisch werden, da die Kenntnis in dem Augenblick der Entstehung des Anspruchs regelmäßig schon vorliegt [227]).

Nachteile aus der hier vertretenen Auffassung, daß die Vorschriften über unerlaubte Handlungen keine Anwendung finden, ergeben sich nicht. Da es sich in den erörterten Fällen um eine Haftung handelt, die es auf ein Verschulden nicht abstellt, käme ein Ausschluß der Haftung gemäß §§ 827, 828 BGB. ohnehin nicht in Betracht [228]; und daß von mehreren Vollstreckungsgläubigern, die gemeinsam vollstreckt haben, jeder für den entstandenen Schaden verantwortlich ist und als Gesamtschuldner haftet, ergibt sich auch ohne Bezugnahme auf die §§ 830, 840 BGB. aus den allgemeinen Regeln des Schuldrechts.

Was für den Gläubiger gilt, gilt sinngemäß auch für den Schuldner, wenn dieser schadensersatzpflichtig ist.

§ 12.

Art und Weise der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung kann wie jeder sonstige Anspruch durch Erhebung der Klage in einem besonderen Verfahren verfolgt werden. In den Fällen der §§ 302 IV, 600 II und 717 II ZPO. gibt aber die Zivilprozeßordnung dem Berechtigten auch noch eine andere Möglichkeit. Der Berechtigte kann nach den genannten Bestimmungen den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Verfahren durch einfachen Incidentantrag geltend machen. Obwohl auch in diesem Falle die Rechtshängigkeitswirkungen eintreten und über den Schadensersatzanspruch rechtskräftig entschieden wird, handelt es sich nicht um eine förmliche Widerklage; denn zahlreiche Bestimmungen, die für die Widerklage gelten, insbesondere die Beschränkungen in bezug auf die Erhebung der Widerklage in der Berufungs- und in der Revisionsinstanz (§§ 529 IV, 561 ZPO.), finden auf den Incidentantrag keine Anwendung. Die Widerklage ist die dritte Möglichkeit, die dem Ersatzberechtigten zur Geltendmachung seines Anspruchs zur Verfügung steht [229]).

Der Incidentantrag kann bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, und, ohne daß es der Einwilligung des Gegners bedarf, auch noch in der Berufungsinstanz sowie in der Revisionsinstanz und

---

[227]) Kaufmann, S. 42 f.; Rosenberg, § 180, Nr. 1 f.; Sydow-Busch-Krantz, Anm. 3 zu § 717; JW. 1926, 1603 [15].

[228]) Förster-Kann, Anm. 4 zu § 717.

[229]) Stein-Jonas, Anm. III zu § 717; Freud.-Sauerl., Anm. 12 zu § 717 u. a.

im Läuterungsverfahren gestellt werden[230]). Die Stellung des Incidentantrages in der Revisionsinstanz ist selbst dann möglich, wenn die Aufhebung des vollstreckbaren Urteils in der Berufungsinstanz erfolgt ist und der Anspruch bereits zu dieser Zeit hätte geltend gemacht werden können[231]). Auch der Urkundenprozeß, der besonderen Beschränkungen unterliegt, steht der Verfolgung des Schadensersatzanspruches im anhängigen Verfahren nicht entgegen; wird ein Vorbehaltsurteil innerhalb des Urkundenprozesses in der höheren Instanz aufgehoben, so kann auf Grund des § 717 II ZPO. auch im Urkundenprozeß Schadensersatz verlangt werden[232]).

Die Stellung des Incidentantrages hat gemäß § 281 ZPO. in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes zu erfolgen. In der mündlichen Verhandlung kann der Antrag auch bei Abwesenheit des Gegners gestellt werden; nur ist der Erlaß eines Versäumnisurteils nicht möglich, wenn nicht der Antrag zuvor schriftsätzlich angekündigt war (§ 335 Ziff. 3 ZPO.)[233]).

Da es sich nicht um eine Widerklage handelt, steht das Antragsrecht auch einem nicht rechtsfähigen Verein und einem Prozeßunfähigen zu, letzterem nämlich dann, wenn er den Mangel der Prozeßunfähigkeit rügt[234]).

Antragsgegner ist stets die andere Prozeßpartei. Hat ein Rechtsnachfolger der obsiegenden Partein vollstreckt, ohne daß der Antragsteller der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs zugestimmt hat, so bleibt der Kläger Antragsgegner. Das Urteil, das gegen ihn ergeht, ist allerdings gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Stein-Jonas[235]) meint, zu verurteilen sei der Rechtsnachfolger, denn er sei der allein Verpflichtete. Dem steht jedoch prozessual entgegen, daß die Verurteilung einer am Prozeß nicht beteiligten Person auf die größten Bedenken stößt; und materiell ist zu berücksichtigen, daß, wenn das Gesetz nach § 265 ZPO. aus prozessualen Gründen nicht will, daß dem Beklagten wider seinen Willen ein neuer Gegner im prozessualen Sinne aufgedrängt werden soll, es noch viel weniger wollen kann, daß ihm ein neuer Schuldner für die Schadensersatzpflicht im materiellen Sinne aufgedrängt werde. Materiell verpflichtet bleibt also der Kläger neben dem Rechtsnachfolger, und daher steht auch seiner Verurteilung

---

230) Stein-Jonas Anm. III, 1 zu § 717; RGZ 130, 393; J. W. 1905, 295 [26] u. a.

231) Stein-Jonas Anm. III, 1 zu § 717.

232) (Seuffert-) Walsmann Anm. 2 i zu § 717 u. a.

233) Stein-Jonas Anm. III, 2 zu § 717 u. a.

234) Stein-Jonas Anm. III, 1 zu § 717 u. a.

235) Stein-Jonas Anm. II, 3 zu § 717; ferner: Förster-Kann Anm. 5a dd zu § 717; Baumbach Anm. C zu § 717.

in dem anhängigen Verfahren nichts entgegen [236]). Hat der Beklagte der Abtretung des streitigen Anspruchs zugestimmt, so mag er seinen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsnachfolger, der in den Prozeß nicht eintritt, in einem besonderen Rechtsstreit verfolgen. Ein Bedürfnis, dem Beklagten den Schutz des § 265 ZPO. zu sichern, besteht in diesem Falle nicht.

Wenn der Schadensersatzanspruch mittels Incidentantrages geltend gemacht wird, „so ist er“ nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes „als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen“. Die Rechtshängigkeit wird demnach auf einen früheren Zeitpunkt zurückdatiert; die Zurückdatierung ist aber nur für die materiellrechtlichen Wirkungen (wie Zinslauf, gesteigerte Haftpflicht und Unterbrechung der Verjährung, §§ 209, 291, 292 BGB.) wesentlich. Für die prozessualen Wirkungen ist die Zurückdatierung ohne praktische Bedeutung, allerdings gilt sie grundsätzlich auch hier [237]). In der Literatur wird der Fall angeführt, daß der Schadensersatzberechtigte erst Klage erhebt und alsdann denselben Anspruch nochmals mittels Incidentantrages geltend macht [238]). Der Fall ist nicht wahrscheinlich, da der Ersatzberechtigte in diesem Falle bereit sein wird, den Klageantrag zurückzunehmen. Sollte sich aber der Fall ereignen und der Klageantrag nicht zurückgenommen werden, so steht der nachträglichen Geltendmachung der Einrede der Rechtshängigkeit in dem Prozeß über den Schadensersatzanspruch nichts entgegen. Stein-Jonas [239]) wendet ein, daß die Zurückdatierung der Rechtshängigkeit nicht zum Nachteil des Ersatzberechtigten geschehen könne, da Sinn der Bestimmung sei, ihm einen Vorteil zu verschaffen. Es ist richtig, daß die Einführung der in Frage stehenden Bestimmung zugunsten des Ersatzberechtigten erfolgt ist. Dies schließt aber eine Anwendung zum Nachteile des Berechtigten nicht schlechthin aus. In der Begründung der Reichstagsvorlage [240]) ist ausdrücklich erklärt worden, daß die Zurückdatierung der Rechtshängigkeit nicht nur die materiellrechtlichen, sondern auch die prozessualen Wirkungen umfasse. Ein zwingender Grund, von diesem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers abzuweichen, liegt nicht vor. Wenn der Ersatzberechtigte ein und denselben Anspruch in zwei verschiedenen Verfahren geltend macht, so muß er auch das Risiko auf sich nehmen, daß der Schadensersatzklage die Einrede der Rechtshängigkeit noch nachträglich entgegengehalten wird.

Ueber den durch Incidentantrag erhobenen Anspruch wird durch Endurteil entschieden. Das Endurteil ist mit den gleichen Rechtsmitteln

---

236) Vgl. Liebert S. 34 ff. (Seuffert-) Walsmann Anm. 2g zu 717.
237) Vgl. Falkmann S. 59; Seuff. in ZZP 22, S. 334.
238) Stein-Jonas zu § 717, Anm. 67.
239) Stein-Jonas Anm. III, 3 zu § 717.
240) Hahn-Mugdan Bd. 8, S. 106.

anfechtbar wie die Entscheidung in der Hauptsache[241]). Ergeht nur eine Entscheidung in der Hauptsache, so liegt ein Teilurteil vor; es bedarf alsdann einer Ergänzung gemäß § 321 ZPO.[242]). In bestimmten Fällen wird das Gericht genötigt sein, den Rechtsstreit über den Schadensersatzanspruch in die Vorinstanz zurückzuverweisen, so z. B. dann, wenn der Incidentantrag erst in der Revisionsinstanz gestellt wird und eine weitere Aufklärung in tatsächlicher Einsicht erforderlich ist.

Da gegen den Schadensersatzanspruch materielle Einwendungen vorgebracht werden können, hat das Gericht auch diese zu prüfen. Eine Einschränkung ergibt sich nur in dem Falle, daß das Gericht das Urteil der Vorinstanz wegen Unzuständigkeit aufhebt und der Kläger gegenüber dem im anhängigen Verfahren geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Klageforderung selbst aufrechnet. Eine weit verbreitete Meinung geht dahin, daß das Gericht die Aufrechnungseinrede zu beachten habe, da es allgemein zulässig sei, mit einer Gegenforderung auch vor dem für diese unzuständigen Gericht aufzurechnen[243]). Die Rechtsprechung ist jedoch in dem vorliegenden Falle anderer Ansicht[244]), und ihr ist zu folgen. Würde man die Aufrechnungseinrede zulassen, so wäre das Ergebnis, daß sich der Beklagte zur Verhandlung und Entscheidung über die Klageforderung demselben Gericht unterwerfen muß, das sich auf seinen Einwand bereits für unzuständig erklärt hat. Die ganze Vorentscheidung würde zwecklos sein. Mit Recht sagt Stein-Jonas: „Eine Entscheidung, die die sachliche Prüfung eines Anspruchs ablehnt und gleichzeitig doch vornimmt, ist begrifflich nicht möglich“[245]).

Die Stellung des Incidentantrages als solche hat auf die Zuständigkeit des Gerichts keinen Einfluß; denn die Summe des geltend gemachten Schadens ist anders als bei der Widerklage dem Streitwert der Klage nicht hinzuzurechnen[246]).

Der Vorteil des Incidentantrages besteht darin, daß eine Vervielfältigung der Prozesse vermieden wird und der Ersatzberechtigte die Gelegenheit erhält, seinen Anspruch auf beschleunigtem Wege durchzusetzen. Als Nachteil muß er allerdings in Kauf nehmen, daß der Instanzenzug möglicherweise verkürzt ist.

---

[241]) Rosenberg § 180, 1c.
[242]) Stein-Jonas Anm. II, 5 zu § 717.
[243]) Rosenberg § 180, 1d u. a.
[244]) OLG. 16, 235; 20, 328; JW. 1926, 876[7]; RG. Gruch. Beitr. 56, 590.
[245]) Stein-Jonas Anm. II, 5 zu § 717.
[246]) RGZ 124, 182; Gruch. Beitr. 53, 1117; Stein-Jonas Anm. III, 1 zu § 717 u. a.

Für den Fall des § 945 ZPO. hat der Gesetzgeber den Incidentantrag nicht zugelassen. Der Grund ist, daß im Arrestprozeß und auch in dem Verfahren über die Rechtsmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung als Mittel der Glaubhaftmachung aus § 294 ZPO. nur die Beweismittel zugelassen sind, welche sofort vorgeführt werden können. Wäre man gezwungen, für den Fall einer Erörterung des Schadensersatzanspruches innerhalb des Arrestprozesses alle Beweismittel, nicht nur die liquiden, zuzulassen, so würden hierdurch die Grundlagen des Arrestprozesses völlig verschoben werden. Dem Wesen und dem Zwecke des Arrestprozesses würde es widersprechen, wenn ein langwieriges Beweisverfahren eingeleitet wird, und damit Erörterungen stattfinden, die sich nur für das Hauptverfahren eignen [247]).

Außerhalb der §§ 302 IV, 600 II und 717 II ZPO. ist der Incidentantrag nicht gegeben. Mögen auch die materiellrechtlichen Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht entsprechend anwendbar sein, das Gleiche gilt nicht für den Incidentantrag, da es sich insoweit um prozessuale Vorschriften handelt und sich auch aus rein praktischen Gründen Schranken ergeben. Die Frage der Analogie ist von dem Schrifttum und der Rechtsprechung [248]) in den Fällen erörtert worden, in denen gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß oder ein Kostenurteil Beschwerde eingelegt war. Mit Recht hat man erklärt, daß die Einrichtung des Incidentantrages eine mündliche Verhandlung voraussetze und diese Voraussetzung beim Beschwerdeverfahren fehle [248]). Wo das Gesetz nichts Besonderes sagt, ist also nur die gewöhnliche Klage zulässig.

Die selbständige Schadensersatzklage weist wesentliche Besonderheiten nicht auf. Sie ist zu erheben bei dem Gericht, in dessen Bezirk der Ersatzpflichtige seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13—19 ZPO.) [249]). Nach der herrschenden Meinung kommt auch der Gerichtsstand der unerlaubten Wandlung in Betracht [250]). Dies ist jedoch nicht richtig. Wir haben schon oben bei der Besprechung der Verjährungsfrist nachgewiesen, daß es sich hier nicht um eine unerlaubte Handlung handelt und auch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht entsprechend anwendbar sind [251]).

---

[247]) Hellwig-Oertmann Syst. S. 452; Kaufmann S. 17 f.

[248]) Falkmann S. 56, Anm. 86; Stein-Jonas Anm. VI zu § 717 u. a. Rhein.-Arch. 91, 141 J. W. 1901, S. 842; OLG 15, 273. And. Ans. OLG. 29, 164 (für d. Fall des § 99 III).

[249]) Bendix im „Recht" 1905, S. 247 f.; Görres S. 380; Raydt S. 54/55; Werner S. 85; Bayr. Ob. L. G. in Seuff. A. 58, 205.

[250]) Freud.-Sauerl. Anm. 12 zu § 717; Hugo Rogge S. 67; Kaufmann S. 19; Schnitzler S. 26; Stein-Jonas Anm. IV, 1 zu § 717. (Seuffert-) Walsmann Anm. 2 zu § 32.

[251]) Vgl. Seite 80.

Der Richter, der in einem besonderen Verfahren über den Schadensersatzanspruch urteilt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des anderen Prozesses in seiner Entscheidung frei. Er hat zwar davon auszugehen, daß infolge der Aufhebung oder Abänderung der Vorentscheidung ein Schadensersatzanspruch entstanden ist; er kann aber, wenn der Beklagte das Bestehen der Klageforderung aufrechnungsweise geltend macht, dieser Aufrechnungseinrede stattgeben und den Schadensersatzanspruch auf diesem Umwege für unbegründet erklären. Die Rechtskraft der Vorentscheidung braucht er nicht abzuwarten. Wartet er ab, so ist er allerdings an die rechtskräftige Entscheidung gebunden[252]).

Um zu vermeiden, daß ein Schadensersatzanspruch rechtskräftig zuerkannt wird, bevor die Aufhebung oder Abänderung der Vorentscheidung endgültig feststeht, wird es sich empfehlen, von dem Rechte der Aussetzung gemäß § 148 ZPO. Gebrauch zu machen[253]).

Eine Zurückdatierung der Rechtshängigkeitswirkungen wie bei dem Incidentantrag findet nicht statt.

Ist ein Anspruch aus § 717 III ZPO. gegeben, so hat der Berechtigte wiederum die Möglichkeit, diesen Anspruch entweder durch Incidentantrag im anhängigen Verfahren oder durch besondere Klage geltend zu machen. Ein Unterschied gegenüber § 717 II ZPO. besteht nur darin, daß die mit der Rechtshängigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verbundenen Wirkungen mit der Zahlung oder Leistung in jedem Falle eintreten, gleichviel ob der Erstattungsanspruch in dem schwebenden Verfahren mittels Incidentantrages oder durch besondere Klage verfolgt wird.

§ 13 (Schluß).

Entwurf. Vorschläge de lege ferenda.

Der im Jahre 1931 veröffentlichte Entwurf einer neuen Zivilprozeßordnung hat die bisherigen Vorschriften, die die Haftung für ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb regeln, im wesentlichen unverändert übernommen[254]). Das bedeutet, daß auch in Zukunft alle Streitfragen, die sich bisher ergeben haben, ungelöst bleiben. Die Bestimmung des § 717 III ZPO. soll nach dem Entwurf dahin eingeschränkt werden, daß sie nicht für Versäumnisurteile gilt[255]); damit würde der Rechtszustand wiederhergestellt werden, wie er vor der

---

[252]) Stein-Jonas Anm. IV, 2 zu § 717.
[253]) RGZ 65, 57.
[254]) §§ 296 IV, 324 II, 565 II, 759, 1019 des Entwurfs.
[255]) § 324 III des Entwurfs. Vgl. auch S. 325/326 der Erläuterungen.

Novelle von 1924 bestand [256]). Für Versäumnisurteile der Oberlandesgerichte würde dasselbe gelten, was schon bisher nach § 717 II ZPO. grundsätzlich für alle vorläufig vollstreckbaren Urteile gilt.

Nur soweit der von uns erwähnte Fall des § 826 BGB. in Frage kommt, sind in dem Entwurf Bestimmungen vorgesehen, die die Rechtslage neu gestalten würden. Während es bisher zweifelhaft war, ob der Gläubiger, der aus einem rechtskräftigen Urteil vollstreckt, auf Grund des § 826 BGB. schadensersatzpflichtig gemacht werden könne, wird dieser Streitfall dadurch aus der Welt geschafft, daß der Entwurf die Restitutionsklage für den Fall vorsieht, daß „eine Partei die Rechtskraft des Urteils durch arglistige Täuschung erschlichen hat" [257]). Das Reichsjustizministerium führt in der Begründung zum Entwurf aus: Nach den zur Zeit geltenden Bestimmungen stehe der Zuerkennung des Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB. die Rechtskraft des früheren Urteils entgegen, weil das Gericht das Bestehen des rechtskräftig festgestellten Anspruchs nicht mehr in Zweifel ziehen dürfe; die erfolgreiche Schadensersatzklage setze die Feststellung voraus, daß das in Anspruch genommene Recht tatsächlich nicht bestehe [258]). Die Begründung stellt sich damit auf den Standpunkt der Wissenschaft, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts mißbilligt, weil diese mit dem Prinzip der Rechtskraft nicht vereinbar sei. Andererseits erkennt sie aber das praktische Bedürfnis an, das in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seinen Ausdruck gefunden hat. Durch die im Entwurf gewählte Lösung des Problems wird der Fall des arglistig erschlichenen Urteils nunmehr gleichgestellt denjenigen Fällen, in denen sonst die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben ist. Auch die Haftungsfrage ist daher in gleicher Weise zu entscheiden, wie wir es oben auf Seite 65 dieser Arbeit für den Fall des Wiederaufnahmeverfahrens getan haben.

Der Entwurf bringt, wie festgestellt, keine Lösung der in dieser Arbeit behandelten Streitfragen. Es ist nicht Sache des Gesetzgebers, alle Streitfragen, die sich jemals in der Praxis und Wissenschaft ergeben haben, bei der Neufassung eines Gesetzes zu berücksichtigen. Der Auslegung muß ein gewisser Spielraum gelassen werden, weil die Gesetzgebung nicht vollständig sein kann und eine angenäherte Vollständigkeit das Gesetz mit allzu viel Kasuistik belasten würde. Dennoch wäre im vorliegenden Falle eine weitergehende Berücksichtigung bei der Neufassung der Zivilprozeßordnung zur Vermeidung von Zweifelsfragen nicht nur wünschenswert, sondern auch zweckmäßig. Es würde

---

[256]) Vgl. Anm. 73.

[257]) § 546 Ziff. 6 des Entwurfs.

[258]) S. 371 ff. der Erläuterungen zum Entwurf. Ferner: Seite 23 ff. dieser Arbeit.

der Vereinfachung dienen, wenn die zur Zeit in mehreren Paragraphen verstreuten gleichartigen Bestimmungen in einer allgemeinen Bestimmung zusammengefaßt würden. Hierdurch würden dann nicht nur die bisher schon an mehreren Stellen erwähnten gleichartigen Fälle durch eine einzige Gesetzesbestimmung geregelt, sondern durch diese allgemeine Bestimmung würden zugleich auch die bisher nicht erwähnten und daher streitigen Fälle mit betroffen und durch den Gesetzgeber einheitlich geregelt werden in einem Sinne, der dem entspricht, was rechtspolitisch wünschenswert ist. Für eine derartige allgemeine Bestimmung würde ich folgende Fassung vorschlagen:

(Absatz 1) „Wird ein Urteil oder ein Beschluß, aus dem eine Zwangsvollstreckung stattfindet, durch eine endgültige Entscheidung in demselben Verfahren aufgehoben oder abgeändert oder durch die endgültige Aufhebung einer Zwischenentscheidung hinfällig, so ist der Vollstreckungsgläubiger zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Schuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist.

(Absatz 2) Der Anspruch auf Schadensersatz kann im anhängigen Urteilsverfahren durch Stellung eines entsprechenden Antrages geltend gemacht werden; er gilt in diesem Falle als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig.

(Absatz 3) Die Schadensersatzpflicht tritt ferner ein, wenn die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet ist und der die Einstellung anordnende Beschluß aufgehoben oder abgeändert oder der Vollstreckungstitel, gegen dessen Vollstreckung sich die Einstellung richtet, durch die nachfolgende Entscheidung aufrechterhalten wird."

Anders als in den bisherigen Bestimmungen ist durch die vorstehend gewählte Fassung klargestellt, daß ein zum Schadensersatz verpflichtender ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb nur dann vorliegt, wenn die endgültige Entscheidung den Vollstreckungstitel oder den Einstellungsbeschluß mißbilligt. Hiermit steht nicht in Widerspruch, daß der Incidentantrag schon gestellt werden kann und muß, bevor die endgültige Entscheidung ergangen ist. Dieselbe Rechtslage bestand auch bisher. Ob der Incidentantrag gerechtfertigt war oder nicht, entschied sich auch nach bisherigem Recht erst mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft der endgültigen Entscheidung; trotzdem wurde über den Incidentantrag selbst schon vor diesem Zeitpunkt erkannt.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen schließen nicht aus, daß die Sonderregelungen, bei denen das Gesetz schon bisher von der allgemeinen Regelung abgewichen ist, auch in Zukunft aufrechterhalten

bleiben. Es sind dies die Fälle, in denen die Schadenshaftung eingeschränkt wird, sei es daß die Schadenshaftung völlig entfällt, wie im § 717 III ZPO., sei es daß die Schadenshaftung beschränkt wird auf den Fall, daß sich der Vollstreckungstitel als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, wie beim Arrest und der einstweiligen Verfügung, § 945 ZPO. Es wird sich empfehlen, den § 945 ZPO. unverändert beizubehalten, und es ist zu begrüßen, daß ihn der Entwurf wiederum in den Abschnitt „Arrest und einstweilige Verfügung“ mit aufgenommen hat. Die Vorschriften des § 717 III ZPO. finden ihre natürliche Stellung im Anschluß an die oben genannten Bestimmungen. Als Absatz 4 wäre daher aufzunehmen:

(Absatz 4) „Die Vorschriften des Absatz 1 finden auf Urteile der Oberlandesgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit Ausnahme der Versäumnisurteile keine Anwendung. Soweit ein solches Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Gläubiger auf Antrag des Schuldners zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen. Die Erstattungspflicht des Gläubigers bestimmt sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Wird der Antrag gestellt, so gilt der Anspruch auf Erstattung als mit der Zahlung oder Leistung rechtshängig; die mit der Rechtshängigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verbundenen Wirkungen treten mit der Zahlung oder Leistung auch dann ein, wenn der Antrag nicht gestellt wird.“

In dem vorgeschlagenen Paragraphen ist die Definition, die ich der Arbeit zugrundegelegt habe, verwertet worden. Dies erscheint berechtigt, da die vorhergehenden Ausführungen die praktische Brauchbarkeit der Definition erwiesen haben.

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 11. September 1907 zu Berlin-Wilmersdorf als Sohn des Regierungs- und Baurats Bernhard Marcuse und seiner Ehefrau Martha, geb. Michaelis. Von Ostern 1914 ab besuchte ich die Gymnasialabteilung des Joachim-Friedrich-Gymnasiums zu Berlin-Wilmersdorf, die ich nach bestandener Reifeprüfung zu Ostern 1926 verließ. Alsdann widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Ich belegte Vorlesungen von Ostern 1926 bis Michaelis 1929, und zwar während der Sommersemester 1926 und 1927 an der Universität in Freiburg i. Br., im übrigen an der Universität in Berlin. Ich hörte insbesondere bei den Herren Professoren Freiherr von Schwerin, Merkel und Kern in Freiburg, Wolff, Goldschmidt, Th. Kipp, Titze, Triepel und Kohlrausch in Berlin. Am 1. Februar 1930 bestand ich bei dem Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung, woraufhin ich am 7. März 1930 zum Referendar ernannt wurde. Während des ersten halben Jahres des gerichtlichen Vorbereitungsdienstes war ich an dem Amtsgericht in Wittenberge (Bez. Potsdam) tätig. Zur weiteren Ausbildung wurde ich dem Landgericht I und der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht I in Berlin, einem Rechtsanwalt und Notar und dem Amtsgericht Berlin-Mitte überwiesen. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst beim Kammergericht. Während eines mehrfachen kurzen Urlaubs beim Gericht fertigte ich die Dissertation an. Das Thema schlug mir Herr Professor Dr. Schultz liebenswürdigerweise vor.